

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

Cet Ouvrage se trouve aussi,

à Paris, chez VIDECOQ, place du Panthéon, n° 6.
JOUBERT, rue des Grés, n° 14.
à Toulouse, Mme veuve VIEUSSEUX.
à Aix, AUBIN.
à Rennes, MOLLIEX.
DUCHESNES.
à Poitiers, SAURIN frères.
à Caen, MANCEL.
MANOURY.
à Limoges, MARMIGNON.
à Grenoble, PRUDHOMME.
à Colmar, REIFFINGER.
à Bordeaux, CH. LAWALLE.

Paris. — De l'Imprimerie de Rignoux et Ce, rue des Francs-Bourgeois-St.-Michel, 8.

COURS

DE

DROIT FRANÇAIS

SUIVANT LE CODE CIVIL.

PAR M. DURANTON,

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS,
MEMBRE DE LA LÉGION-D'HONNEUR.

TOME NEUVIÈME.

Troisième Édition.



PARIS.
ALEX-GOBELET, LIBRAIRE,
RUE SOUFFLOT, 4, PRÈS L'ÉCOLE DE DROIT.
1834.

COURS
DE DROIT FRANÇAIS
SUIVANT LE CODE CIVIL.

LIVRE III.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT ON ACQUIERT LA PROPRIÉTÉ.

Suite du titre II, des Donations entre-vifs et des Testamens.

CHAPITRE V.

Des dispositions testamentaires.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

1. *Définition du testament.*
2. *La matière des testamens, quoique simplifiée par les rédacteurs du Code, est encore fort compliquée dans ses détails.*
3. *On a généralement regardé chez les différens peuples la faculté de tester comme tenant au droit civil.*
4. *Anciennement l'étranger non naturalisé ne pouvait disposer par testament de ses biens immobiliers situés en France.*

5. *Le Code n'accordait pas non plus ce droit aux étrangers; la loi du 14 juillet 1819 le leur a attribué indistinctement.*

6. *Le testateur peut aujourd'hui disposer sous toute dénomination propre à manifester sa volonté.*

7. *L'usage des* clauses codicillaires *ne subsiste plus.*

8. *Le testament doit être l'expression de la volonté du testateur seul; mais celui-ci n'en peut pas moins s'aider des lumières d'un jurisconsulte pour le rédiger.*

9. *Plusieurs personnes ne peuvent faire leur testament par le même acte.*

10. *La prescription ne peut courir contre le testament pendant la vie du testateur.*

11. *Les dispositions de dernière volonté faites verbalement sont sans effet.*

12. *On ne peut disposer par simple relation à un acte qui ne réunirait pas les formes du testament.*

13. *Les formes du testament authentique sont régies par la loi ou l'usage du pays où il a été passé.*

14. *Le Français peut tester en tout pays en la forme olographe; la règle* locus regit actum *ne s'applique point aux actes privés, et par conséquent aux testamens olographes.*

15. *L'étranger peut tester en la forme olographe sur ses biens situés en France, quoique les lois de son pays n'admissent pas ce testament; ce n'est pas là une question de capacité personnelle; controversé.*

16. *La forme du testament se régit aussi par la loi du jour où il a été fait, quand il est authentique, ou quand il a acquis date certaine lors de la publication d'une loi nouvelle qui changerait les formes.*

17. *Le testateur doit être capable d'après la loi du jour où il teste, et d'après celle du jour où il meurt; mais l'incapacité intermédiaire n'est point à considérer.*

18. *La capacité du légataire s'estime au jour où le legs s'ouvre à son profit, et eu égard à la loi alors en vigueur.*

19. *Pour régler la quotité disponible, l'on s'attache à la loi du décès, relativement aux dons révocables; pour les autres, on s'attache à la loi en vigueur lors de l'acte.*
20. *Les formalités relatives aux testamens varient non-seulement en raison des diverses espèces d'actes testamentaires, mais encore en raison des circonstances où se trouve placé le testateur quand il fait son testament.*
21. *Quelle que soit l'espèce de testament, toutes les formalités prescrites doivent être observées, à peine de nullité.*

1. Après avoir développé les règles relatives aux donations entre-vifs de biens présens, l'ordre de la matière nous conduit à traiter des dispositions testamentaires; et l'on a vu précédemment que le testament est un acte par lequel une personne dispose de tout ou partie des biens qu'elle laissera à son décès, et qu'elle peut toujours révoquer (Art. 895.)

2. Ce sujet est très compliqué dans ses détails, quoique les rédacteurs du Code l'aient beaucoup simplifié, en ramenant la législation sur cette matière à des règles uniformes pour toute la France. Mais sans négliger l'analyse de ce qui peut offrir des difficultés, ou mériter du moins quelque explication, nous saurons renfermer nos développemens dans de justes bornes.

3. On a généralement regardé chez les différens peuples la faculté de tester comme tenant au droit civil. A Rome, dans l'origine, les testamens se faisaient en quelque sorte dans la forme des lois, au milieu des assemblées du peuple, et il fallait

en conséquence, pour avoir le droit de tester, jouir du droit de *comices*, être citoyen romain. Et quoique cette manière d'attribuer à sa volonté les effets, pour ainsi dire, d'une loi, fût tombée en désuétude, et remplacée par d'autres moins solennelles, néanmoins les seuls citoyens romains jouissaient du droit de faire un testament; encore fallait-il pour cela qu'ils fussent libérés de la puissance paternelle. On faisait toutefois exception en faveur des fils de famille qui avaient un pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, mais c'est parce qu'ils étaient réputés pères de famille quant à la disposition de ces pécules. La législation, au surplus, n'a été modifiée, à cet égard, que successivement, et sous les empereurs.

4. Dans notre ancienne jurisprudence, les étrangers non naturalisé, et qui appartenaient à une nation avec laquelle il n'y avait pas de traités à ce sujet, ne pouvaient disposer par testament de leurs biens immobiliers situés en France (1). Ces biens étaient dévolus, par droit d'aubaine, au roi ou au seigneur haut-justicier, suivant le lieu de leur situation.

5. Le Code ne leur avait pas non plus accordé ce droit; mais, ainsi que nous avons eu occasion de le dire plusieurs fois, la loi du 14 juillet 1819 a permis aux étrangers, indistinctement, de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que

---

(1) *Voy.* Denizart, v° *Etrangers.*

les Français, dans toute l'étendue du royaume, et a ainsi abrogé les articles 726 et 912 du Code civil. En sorte que, depuis cette loi, le testament a cessé d'être en France, à l'égard des étrangers (1), une institution du pur droit civil.

6. Au tome précédent nous avons expliqué avec étendue quelles sont les personnes qui peuvent ou non disposer par cette voie. Nous éviterons d'inutiles répétitions.

Et quant à l'espèce de dispositions testamentaires que peuvent faire ceux qui ont qualité pour tester, le Code établit, en principe, « Que toute personne « peut disposer par testament, soit sous le titre « d'institution d'héritier, soit sous le titre de legs, « soit sous toute autre dénomination propre à ma- « nifester sa volonté. » (Art. 967.)

Par là on a dérogé au droit romain, suivi en ce point dans nos anciennes provinces méridionales, qui exigeait, pour la validité du testament comme testament, que quelqu'un y fût nommément institué héritier; sinon, l'acte ne valait que comme codicille, et avec des effets généralement moins importans.

L'on s'est attaché de préférence aux principes du droit coutumier, qui généralement n'exigeait point l'institution d'héritier, qui ne reconnaissait en réa-

---

(1) Nous disons *à l'égard des étrangers*, parce que les Français privés de la jouissance des droits civils par suite de condamnations judiciaires, c'est-à-dire les morts civilement, sont déchus du droit de tester. (Art. 25 et 33.)

lité que des legs seulement, soit universels, soit à titre universel, soit enfin à titre particulier. En sorte que l'institution d'héritier n'aurait pas, à la vérité, vicié le testament, mais elle n'aurait eu effet que comme legs.

Il en est de même aujourd'hui : de quelque manière que le testateur ait exprimé sa volonté, sa disposition aura son effet suivant les règles relatives aux legs universels, ou aux legs à titre universel, ou aux legs particuliers (art. 1002). Elle se classera d'elle-même, selon sa nature, parmi les différentes sortes de legs, et ce ne sera au fond qu'une seule et même chose, soit qu'on l'ait qualifiée, dans le testament, institution d'héritier, ou legs.

Elle vaudrait également, quoiqu'on l'eût faite sous la dénomination de donation à cause de mort. Ce serait sans doute une qualification impropre, puisque, d'une part, le Code ne reconnaît que deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit : par donation entre-vifs, ou par testament, suivant les formes prescrites pour ses sortes d'actes (article 893); et, d'autre part, que la donation à cause de mort était une *convention*, tandis que le legs ou l'institution d'héritier est l'expression de la volonté d'une seule personne. Mais cette impropriété d'expression n'altérerait en rien la validité de la disposition, qui vaudrait toujours comme *disposition testamentaire*, et produirait son effet, soit comme legs universel, soit comme legs à titre universel, soit enfin comme legs particulier, suivant sa nature.

7. L'usage des clauses codicillaires est abrogé par le Code, sinon en termes exprès, du moins par la force de ses dispositions, notamment par l'article 1001 qui prescrit, à peine de nullité, l'observation de toutes les formalités tracées pour chaque espèce de testament.

L'effet de ces clauses était de faire valoir comme codicille un acte imparfait comme testament, à raison du manque de quelqu'une des solennités requises ; mais il fallait que la volonté du défunt à cet égard fût manifestée soit dans le testament lui-même, soit dans un codicille postérieur. Aujourd'hui, si l'acte fait comme testament ne réunit pas toutes les formalités prescrites pour le testament par acte public, ou pour le testament mystique, ou enfin pour le testament olographe, il est entièrement nul, nonobstant toute déclaration de volonté du testateur. Seulement, comme nous le verrons plus loin, si un testament mystique est nul comme tel, mais que l'acte soit écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il vaut comme testament olographe, parce qu'il en réunit toutes les conditions.

8. Le testament, sans doute, doit être l'ouvrage du testateur, et non l'expression d'une volonté étrangère; mais ce principe ne fait point obstacle à ce que le testateur puisse se faire aider des lumières d'un jurisconsulte pour rédiger ses dispositions. Il peut même le faire d'après un projet qu'il

se ferait remettre, et qu'il sanctionnerait en le copiant, en l'adoptant en tout ou partie, pourvu qu'il n'y ait ni suggestion, ni captation, que sa volonté soit parfaitement libre sous tous les rapports (1).

9. Un testament ne peut être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle (art. 968).

De telles dispositions devaient en effet être regardées plutôt comme étant à titre onéreux qu'à titre gratuit; car le plus souvent l'une ne serait en réalité que la cause ou la condition de l'autre; elle ne partirait point, par conséquent, de la seule volonté de conférer un bienfait; elle renfermerait en quelque sorte un traité sur succession future, du moins dans le cas où les testateurs disposeraient réciproquement au profit l'un de l'autre. Ce traité, il est vrai, serait révocable, mais précisément c'est à raison de cette révocabilité qu'on a dû interdire de pareilles dispositions; car, si l'un des testateurs venait à révoquer à l'insu de l'autre, que deviendrait celle qui a été faite à son profit, et qui n'a pas été révoquée? Il n'y aurait pas de difficulté à la regarder aussi comme détruite, si la condition de révocation se trouvait exprimée dans l'acte pour ce cas, ou si, de l'ensemble et du contexte des dispositions, il apparaissait clairement qu'elle était

(1) Ricard, part. 3, n° 55. M. Grenier, tom. I, n° 224.

néanmoins la seule cause de l'autre; mais il serait possible que les termes de l'acte n'indiquassent pas suffisamment l'intention des testateurs, et qu'on fût ainsi exposé, soit à maintenir une disposition qui n'avait eu lieu qu'en considération d'une autre qui se trouve maintenant révoquée, soit à déclarer révoquée celle qui ne l'a pas été, et que son auteur n'aurait peut-être pas anéantie malgré la révocation de celle qui avait été faite à son profit, ou au profit du tiers. Il fallait donc prévenir ces inconvéniens, et c'est ce que l'on a sagement fait par l'article 968 précité.

10. Quel que soit, au moment de la mort du testateur, le temps écoulé depuis que le testament a été fait, il n'y a aucune prescription à faire valoir à ce sujet; les légataires ne sont soumis qu'à la prescription ordinaire, dont le point de départ, en général (1), est la mort du testateur; car ce n'est que de cette époque seulement qu'ils acquièrent un droit, une action contre les débiteurs du legs, puisque le testament n'a effet qu'à ce moment, et que la prescription ne peut commencer à courir avant la naissance du droit qu'elle a pour objet d'éteindre.

11. Comme l'on ne peut disposer de ses biens à

(1) Nous disons *en général*, parce que dans les legs à terme ou sous condition, la prescription ne peut commencer à courir au profit des débiteurs du legs, qu'à partir de l'échéance du terme ou de l'accomplissement de la condition (art. 2257), et sans préjudice encore des suspensions de prescription à raison de la minorité des légataires, ou pour autres causes.

titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament, et dans les formes déterminées à cet effet (ar. 893), il suit de là qu'aucune preuve par témoins n'est admissible pour établir qu'un défunt a déclaré de vive voix léguer telle chose à un tel, ou qu'il lui a fait, à titre de legs, remise de sa dette. Le serment ne pourrait même être déféré aux héritiers; ce serait le cas de l'adage *frustrà probatur, quod probatum non relevat.* On ne pourrait voir dans une telle déclaration qu'un fidéicommis verbal, sans aucun effet dans notre droit. Justinien, par sa constitution, qui est la loi dernière au Code *de fideicommissis*, avait bien, il est vrai, autorisé le fidéicommissaire à déférer le serment à celui qui était grevé du fidéicommis, de manière que celui-ci dût être tenu de payer la chose s'il refusait de prêter le serment; mais cette décision n'a point été admise dans notre droit. Déjà l'ordonnance de 1735 avait établi que toute disposition testamentaire serait faite par écrit, et elle *annulait* toutes celles qui auraient été faites verbalement ou par signes, en défendant d'en admettre la preuve par témoins, quelle que fût la valeur de l'objet. Le Code civil a évidemment été rédigé dans ces principes.

Quant à la preuve de la réalité d'un testament qui a été détruit par quelque accident, ou qui a été soustrait, nous verrons plus loin dans quels cas elle pourrait être reçue.

Au surplus, il ne faut pas confondre avec un legs fait verbalement, le cas d'une donation entre-vifs

d'effets mobiliers, même faite par une personne dangereusement malade. On a vu au tome précédent (1) que ces donations sont valables par la remise des objets au donataire, et qu'elles peuvent aussi être faites par le ministère d'un tiers, pourvu que le donataire ait connu et agréé le don avant la mort du donateur (2).

12. Puisque l'on ne peut disposer de ses biens par testament que dans les formes tracées à cet effet; il nous paraît aussi résulter de ce principe qu'on ne peut valablement disposer par simple relation à un acte qui ne réunirait pas ces formes, lors même que l'acte postérieur, seul cas dans lequel il puisse y avoir question, les réunirait. Les dispositions doivent être dans le testament même, et elles n'y sont pas quand elles ne sont écrites que dans un acte qui ne saurait valoir comme acte testamentaire : c'est par le testament qu'on dispose, et non par un acte qui n'est pas un testament (3).

---

(1) N° 392 et suivans.

(2) Selon nous, cette condition est indispensable, non-seulement pour qu'il y ait donation entre-vifs, ce qui n'est guère susceptible de contradiction sérieuse, mais encore pour qu'il y ait une disposition quelconque valable. Nous l'avons clairement démontré à l'endroit précité.

(3) M. Merlin, au tome XVII *de son Répertoire*, au mot *testament*, sect. 2, § 1, art. 4, discute cette question, et la résout comme nous, en réfutant l'opinion de plusieurs auteurs, qui ont prétendu le contraire d'après quelques lois romaines, mal à propos appliquées à l'espèce. M. Merlin aurait pu faire observer aussi que dans les cas de ces lois, du moins dans la plupart, la disposition ne valait qu'à

Regarderait-on en effet comme valable la simple déclaration consignée dans un acte écrit en entier, daté et signé par un individu, *qu'il lègue à un tel, la somme qu'il a déclaré lui léguer dans telle circonstance, devant telle et telle personne?* Non certainement; or, en principe, la disposition faite dans un acte nul comme testament, n'a pas plus de force que la déclaration verbale *je lègue à un tel* faite devant témoins : aux yeux de la loi elle ne présente pas plus de certitude. Donc si la disposition par simple relation à une telle déclaration est nulle, quoique la déclaration pût, en fait, facilement se prouver; de même celle qui est faite par relation à un acte qui ne saurait valoir comme acte testamentaire, est pareillement sans effet.

Que l'on suppose aussi que l'acte postérieur soit passé devant notaires, et qu'il contienne simplement la déclaration que le testateur entend que les dispositions qu'il a faites dans tel acte, qu'il désigne d'ailleurs avec soin, soient exécutées; il est clair que le vœu de la loi n'est pas non plus rempli, puisque ces mêmes dispositions ne sont pas dictées aux notaires, qui n'en ont aucune connaissance, non plus que les témoins. Le testament serait en réalité l'acte antérieur et irrégulier; l'acte reçu par les notaires ne serait lui-même qu'un acte confir-

---

titre de fidéi-commis, payable par les héritiers *ab intestat*, d'après la seule volonté du défunt; ce qui fait que ces lois sont sans autorité dans notre Droit, où les héritiers ne peuvent être grevés de legs qu'en vertu d'une disposition testamentaire, régulière en la forme.

matif, un acte nul par conséquent comme acte testamentaire.

13. Le testament est régi quant aux formes de l'acte par la loi du lieu où il a été fait, lorsqu'il s'agit d'un testament fait avec le ministère d'officiers publics, ou de personnes ayant, d'après les lois du pays, qualité pour recevoir ces sortes d'actes, comme en certains pays les ecclésiastiques.

Suivant l'article 999, un Francais qui se trouve en pays étranger peut faire ses dispositions testamentaires de deux manières: ou par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit à l'art. 970; ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte est passé, par application de la règle *locus regit actum.*

Ainsi, quand le testament fait en pays étranger par un Français a lieu par acte authentique, il ne peut être recu par les officiers du pays que dans les formes autorisées par les lois ou les usages de ce pays, et non dans les formes prescrites par les lois françaises, que ces officiers n'ont aucune qualité pour appliquer.

Et il ne peut être reçu par les ambassadeurs ou agens diplomatiques français, même dans les formes prescrites par la loi française, attendu qu'aucune disposition du Code ne leur confère à cet égard les attributions des notaires, et qu'il exige que les testamens par acte public, ainsi que les actes de suscription des testamens mystiques, soient dressés par notaires (Art. 972 et 976.)

14. Mais si le testament a été fait en la forme olographe, il est indifférent que les lois du pays où il a été fait par le Français admissent ou non cette forme de tester.

La règle *locus regit actum* ne s'applique point aux actes privés, et si on l'a appliquée quelquefois à ces actes, ce n'a pu être qu'abusivement. Aussi nous ne saurions approuver un arrêt de la Cour de Paris, du 7 thermidor an IX (1), qui a annulé un testament olographe fait en 1785, à Bordeaux, où cette forme de testament n'était pas admise, par un individu qui était domicilié à Paris, où l'on pouvait cependant tester de cette manière. Quoique le pourvoi formé contre cet arrêt ait été rejeté, il est néanmoins assez évident que la décision de la Cour de Paris n'a pas eu l'approbation de la Cour suprême; car cette dernière Cour ne s'est déterminée au rejet que parce qu'il n'y avait aucune loi violée, ou, en d'autres termes, parce que l'arrêt ne renfermait qu'un *mal jugé*: « Attendu, a dit la Cour suprême, que la viola« tion formelle d'une loi donne seule ouverture à « cassation (2); qu'à l'époque où l'arrêt dénoncé a « été rendu, la jurisprudence était controversée sur

---

(1) Il est cité, ainsi que l'arrêt de rejet, dans le Recueil de M. Dalloz, 10e livraison, au mot *dispositions entre-vifs et testamentaires*, page 604.

(2) Il ne faut toutefois pas prendre ces mots à la lettre, car la Cour de cassation a maintes et maintes fois cassé des arrêts pour *fausse application de la loi*, et même pour *violation indirecte*.

« la validité ou invalidité du testament olographe « fait en pays de droit écrit, par un domicilié dans « une coutume qui admettait ce mode de tester; « considérant d'ailleurs que la question a déjà été « résolue par arrêt rendu, sections réunies, le 15 « pluviôse, an 11; rejette. »

Nous avons peine à concevoir comment on a pu annuler le testament en pareil cas, puisque la loi du domicile du testateur lui permettait de tester en cette forme et que les lois anciennes sur les testamens olographes, pas plus que le Code, ne prescrivaient de faire mention du lieu où l'acte avait été fait; ce qui indique bien qu'on n'avait pas songé à appliquer à ces testamens la règle *locus regit actum*, car rien n'eût été plus facile que de l'éluder, soit en faisant mention dans l'acte d'un autre lieu que celui où le testament aurait été fait, soit en n'en mentionnant aucun. Quel est d'ailleurs le fondement de la règle *locus regit actum?* c'est évidemment, d'une part, parce qu'un citoyen qui se trouve hors de son pays ne peut raisonnablement être privé de la faculté de faire des actes, et, d'autre part, parce que ces actes ne peuvent cependant être reçus que par les officiers publics du lieu où ils sont faits, et avec les formalités prescrites par les lois de ce lieu, puisque ces officiers ont seuls le droit d'instrumenter dans l'étendue de leur territoire, et qu'ils ne peuvent le faire qu'en se conformant à leurs propres lois. Mais cela n'est applicable qu'aux actes solennels, reçus par tabellions, notaires ou autres

officiers publics, et non aux actes sous signature privée, qui ne sont l'ouvrage que de ceux qui les font, qui ne sont à proprement parler assujétis à aucunes formes, si ce n'est à celles qui sont rigoureusement nécessaires pour témoigner de leur existence et de la volonté de ceux qui les ont faits.

Ainsi, s'il y a eu doute et même controverse sur ce point, cette controverse était on ne peut pas plus mal fondée.

15. Quelques personnes (1) prétendent néanmoins que le droit de disposer par testament olographe tient à la capacité personnelle du disposant; d'où il semblerait résulter que l'étranger appartenant à un pays dans lequel cette forme de testament ne serait point admise ne pourrait tester en cette forme, même sur ses biens immobiliers situés en France, nonobstant la loi du 14 juillet 1819, qui permet aux étrangers de disposer en France de la même manière que les Francais; car cette loi n'efface point la qualité d'étranger, ni par conséquent ce qui tient à la capacité personnelle.

Mais nous ne saurions adopter cette opinion : nous avons dit, au contraire, au tome précédent (n° 218), que, depuis cette loi du 14 juillet 1819, l'étranger peut disposer par testament olographe de ses biens situés en France, quoique les lois de

---

(1) Notamment M. Delvincourt, sur l'art. 999.

son pays n'autorisent point les testamens en cette forme et qu'il n'eût pas été admis à jouir des droits civils en France. Ce n'est point là une question de capacité personnelle, comme ce qui tient à la minorité ou à la majorité ; c'est une question *de forme d'acte*. Or, en permettant aux étrangers de disposer de leurs biens situés en France *de la même manière que les Français*, la loi de 1819 ne fait aucune distinction quant à la forme des actes ; elle les autorise par conséquent à en disposer comme des Francais pourraient le faire à l'égard de leurs propres biens. C'est là un statut réel, puisque les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française (art. 3). Ainsi, de la combinaison de cet article avec la loi de juillet 1819, il nous paraît résulter que l'étranger, capable d'ailleurs de tester d'après les loi de son pays, peut valablement le faire en la forme olographe quant à ses immeubles situés en France, quoique cette forme de testament ne fût pas autorisée dans le pays de cet étranger.

16. La forme du testament se règle aussi par la loi *du jour* où il a été fait, lorsqu'il s'agit d'un testament reçu par officiers publics, ou ayant acquis date certaine à l'époque de la publication d'une loi nouvelle qui viendrait à changer ou à modifier les formes des testamens avant la mort du testateur. Cette loi ne porte-

rait aucune atteinte à l'acte testamentaire (1).

Cette décision n'est toutefois pas à l'abri de toute objection grave; car il est de principe que le testament est aussi bien censé fait au temps de la mort du testateur, qu'au temps où l'acte en est dressé; d'où l'on exige la capacité dans le testateur aussi bien à la seconde époque qu'à la première. Et c'est pour écarter l'application de ce principe, que les auteurs de l'ordonnance de 1735 crurent devoir s'expliquer formellement à ce sujet, en décidant que les testamens antérieurs à la publication de ladite ordonnance, et qui auraient alors acquis date certaine, seraient exécutés selon leur forme et teneur, nonobstant le décès des testateurs survenu postérieurement à cette publication. On pensa qu'il eût été trop rigoureux d'appliquer une doctrine dont la conséquence aurait été de détruire une foule de dispositions testamentaires que les testateurs avaient dû croire régulières, et qu'ils n'avaient point eu l'intention de révoquer.

---

(1) Telle est l'opinion commune des interprètes du Code. *Voy.* le *Répertoire* de M. Merlin, tome XIII, v° *testament*, sect. 2, § 4, et *Questions de droit* du même auteur, tome V, v° *testament*, § 12; M. Chabot de l'Allier, *Questions transitoires*, v° *testament*, § 1er; et M. Grenier, *des Donations*, tome Ier, n° 13 *bis*, et tome II, n° 440.

Furgole, *des Testamens*, chap. 10, n° 68, *et sequent.*, avait aussi décidé de la même manière, mais en se fondant sur l'ordonnance de 1735.

Enfin, un arrêt du 1er brumaire an XIII, a jugé en ce sens; nous l'avons cité au tome 1er, n° 68, où nous décidons aussi la question en faveur du testament.

17. Mais pour juger de la capacité du testateur, il faut non-seulement consulter la loi en vigueur au jour où il a fait son testament, mais encore celle qui existerait au jour de sa mort, s'il y a eu changement dans la législation. Il faut aussi, quoiqu'il n'y ait pas eu de changement, qu'il ait eu la capacité de droit (1) aux deux époques (2); toutefois l'incapacité dans le temps intermédiaire n'est nullement à considérer : *Media tempora non nocent* (3).

C'est d'après ce principe que la cour de Douai et ensuite celle de cassation (4) ont jugé que le testament fait par un individu qui depuis s'était marié, mais qui était mort sous le Code civil, devait sortir son effet, quoiqu'un statut local l'eût annulé par le fait du mariage du testateur; qu'il n'y avait pas lieu d'invoquer, par analogie, pour prétendre que l'acte testamentaire devait demeurer non avenu, la disposition de l'article 964, qui ne permet pas que les donations entre-vifs révoquées pour survenance d'enfans puissent revivre par la mort de l'enfant dont la naissance en avait opéré

---

(1) Nous disons la capacité *de droit*, car pour celle de fait, elle n'est nécessaire qu'au moment du testament. C'est pourquoi le testament fait par un individu sain d'esprit, n'est pas moins valable, quoique le testateur meure ensuite en état de démence. *Vide* tome précédent, n° 162 et suivans.

(2) *Voy. ibid*, n° 173 et suivans.

(3) L. 6, § 12, ff. *de injusto et rupt. testam.* L. 1, § 8, ff. *de bonor. poss. secund. tabulas. Vide* tome précédent, n° 174.

(4) Arrêt de rejet cité dans le Recueil de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 600.

la révocation ; que l'analogie n'existe pas, attendu que le testateur dispose pour le temps où il ne sera plus, et que c'est à cette époque (et à celle où il a testé) qu'il faut s'attacher pour juger de sa capacité.

18. Quant à la capacité du légataire, comme elle s'estime au moment où le legs s'ouvre à son profit (1), c'est la loi en vigueur à cette époque qu'il faut consulter pour l'apprécier.

19. Enfin, relativement à la quotité disponible, c'est à la loi existante à l'époque du décès du testateur que l'on doit s'attacher pour juger ce dont il a pu disposer. Mais, s'il s'agit de dispositions irrévocables, c'est la loi du jour où elles ont été faites qui règle ce que le donateur a pu donner (2).

20. Les formalités relatives aux testamens varient non seulement en raison des diverses espèces d'actes par lesquels on peut tester, mais encore en raison de certaines circonstances particulières dans lesquelles se trouve placé le testateur au moment où il fait son testament. En sorte qu'il y a des testamens ordinaires et des testamens particuliers, c'est-à-dire soumis à des règles spéciales.

21. Mais quelle que soit l'espèce de testament que l'on ait fait, on a dû en observer toutes les formes, sinon l'acte est nul, et généralement *c'est le testa-*

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 230 et suivans.

(2) *Voy. ibid*, n° 315 et suivans.

ment lui-même qui doit en offrir la preuve : on ne peut aller la chercher hors de l'acte. L'article 1001 prononce la nullité de la manière la plus absolue, si toutes les formalités prescrites n'ont pas été remplies. C'est un droit précieux que celui de pouvoir donner à sa volonté, après sa mort, la force d'une loi, pour ainsi dire; mais si le législateur lui-même l'a reconnu et consacré, il en a sagement réglé l'exercice : il a tracé des formes propres à attester cette volonté, et sans lesquelles elle ne se présente plus qu'environnée de doutes et d'incertitudes.

Dans l'analyse de cette matière difficile et compliquée, nous ne suivrons pas exactement la division adoptée par les rédacteurs du Code : nous l'étendrons davantage, pour classer les objets avec plus de clarté, en les séparant quand l'ordre des idées le demandera.

SECTION PREMIÈRE.

Du testament olographe.

SOMMAIRE.

22. *Le testament olographe doit être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.*
23. *Rien n'oblige de mentionner le lieu où il a été fait.*
24. *Le testament peut être écrit sur toute espèce de papier, parchemin ou carton.*
25. *Il peut être écrit sur un registre domestique.*
26. *Il peut être fait en forme de* lettre missive *pourvu que la lettre contienne disposition réelle, et qu'elle réunisse d'ailleurs les conditions requises pour le testament olographe.*

27. *Aucun mot ne doit être mis dans le testament par une main étrangère ; mais les insertions mises par un tiers sans l'aveu du testateur ne le vicieraient pas.*

28. *Les renvois et apostilles n'ont pas besoin d'être approuvés, et ils doivent précéder la signature, sinon ils seraient réputés non avenus.*

29. *Les ratures et interlignes, quelques nombreuses qu'elles soient, ne vicient pas le testament.*

30. *En quels termes la date peut-elle être mise?*

31. *On peut la mettre en chiffres.*

32. *La date peut être mise au commencement, dans le corps ou à la fin de l'acte; elle peut même suivre la signature pourvu qu'elle ne fasse avec elle qu'un même contexte.*

33. *Le testament peut avoir plusieurs dates.*

34. *Cas où de plusieurs dispositions écrites successivement sur le même papier, les unes sont datées mais non signées, et les autres signées mais non datées.*

35. *En principe, l'énonciation irrégulière de la date vicie le testament, et ne peut être rectifiée par des preuves puisées hors de l'acte.*

36. *Il en est autrement quand l'irrégularité ne résulte que de l'omission d'un mot que la raison force de suppléer.*

37. *Une légère surcharge dans la date ne suffirait pas pour vicier le testament.*

38. *La signature doit terminer l'acte, sauf la modification énoncée au n° 32.*

39. *La signature doit être du nom de famille tel qu'il est énoncé dans l'acte de naissance; exceptions à la règle à l'égard de certaines personnes dans certains cas; les prénoms ne sont pas exigés.*

40. *Les initiales des prénoms et du nom d'un simple particulier sont insuffisantes, quoique le testateur fût dans l'usage de signer de la sorte.*

41. *Quelques légères irrégularités dans la signature, comme un*

nom mal orthographié, ne suffiraient généralement pas pour annuler le testament.

42. *L'énonciation du nom en forme de narration, sans signature détachée, remplit suffisamment le vœu de la loi; controversé: arrêts pour et contre.*

43. *L'expression* je donne, *peut, suivant les circonstances du fait, être entendue dans le sens de :* je donne après ma mort, *et non pas nécessairement dans le sens d'une donation entre-vifs : espèces jugées dans l'un et l'autre sens.*

44. *Le testament olographe n'est en réalité qu'un acte sous seing privé, assujeti aux règles qui régissent les actes de cette nature.*

45. Quid *si l'acte a été déposé par le testateur chez un notaire et qu'il y ait eu acte de dépôt dressé?*

46. *Suite de la proposition que le testament olographe n'est qu'un acte sous seing privé, et controverses sur les conséquences.*

47. *Toutefois, l'acte fait foi de sa date quoique le testateur soit mort en démence; sauf aux héritiers à prouver les faits de fraude.*

48. *Cas où l'on prétendrait qu'un testament a existé et qu'il a été détruit, détourné, ou qu'il a péri par accident.*

22. Le testament olographe est celui qui est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujéti à aucune autre forme; mais il n'est pas valable s'il ne réunit pas ces trois conditions. (Art. 970 et 1001 combinés.)

23. Rien n'oblige de mentionner le *lieu* où il a été fait, et l'on ne saurait à cet égard ajouter à la disposition de la loi, qui n'assujétit cette espèce de testament à aucune autre forme que celles d'être écrit en entier, daté et signé de la main du testateur,

La mention du *lieu* est purement facultative; elle est usuelle, mais elle n'est point prescrite; elle n'est point implicitement comprise dans celle de *la date*, ainsi qu'on l'a prétendu. C'est ce qu'a jugé la Cour de Cassation, le 6 janvier 1814(1).

La fausse mention d'un lieu ne vicierait pas non plus le testament, quand bien même il serait daté d'un endroit ou il serait bien certain que le testateur n'était pas au moment où il testait, où il n'a même jamais mis le pied; ce serait une partie superflue de l'acte, et voilà tout. Une telle mention pourrait sans doute fournir un puissant moyen aux héritiers légitimes de prouver la fausseté du testament, s'il était faux, mais nous raisonnons dans l'hypothèse où cet acte est bien réellement l'ouvrage de celui à qui il est attribué.

24. Il serait indifférent, pour la validité du testament, qu'il fût écrit sur papier libre ou papier timbré; sauf, dans la première hypothèse, à le faire timbrer avant de le mettre à exécution.

Il peut par conséquent être écrit sur du parchemin, ou autre matière; et la dimension du papier ou de ce qui en tient lieu, est également indifférente: à tel point que le testament pourrait valablement être écrit sur une carte à jouer. Il n'y aurait pas en effet nécessairement à induire de là que le testateur n'a pas entendu faire un acte sérieux; les termes dans

(1) Sirey, 1814-1-217.

lesquels serait conçu le testament, et les circonstances particulières dans lesquelles se trouvait le testateur au moment où il testait, pourraient témoigner, au contraire, que c'est bien sérieusement qu'il a fait l'acte comme testament.

25. Il n'est pas de rigueur que le testament olographe soit écrit sur un papier isolé, la loi ne le prescrit pas. En conséquence, il peut l'être sur le registre domestique du testateur, sur son livre de compte, ainsi que l'a jugé la Cour de Nîmes, le 20 janvier 1810 (1).

26. Peut-on faire sous le Code un testament par lettre missive?

L'art. 3 de l'ordonnance de 1735 le défendait positivement, mais rien sous le Code ne rappelle cette prohibition, et cependant on avait sous les yeux l'ordonnance lorsqu'on a rédigé le Code. Il est vrai que, dans le discours que prononça M. Bigot-Préameneu au Corps législatif, comme orateur du gouvernement, on lit : « Les dispositions qui seraient faites verbalement, par signes, ou *par lettres missives*, ne seront point admises. « Mais nonobstant cette assertion positive, qui a seule fait naître le doute, le Code admet implicitement les testamens par lettres missives, n'exigeant rien autre chose pour un testament olographe, si ce n'est qu'il soit écrit en entier, daté et signé de la main du

---

(1) Sirey, 1810-2-231.

testateur; or, une lettre peut réunir toutes ces conditions. Telle est aussi l'opinion commune des auteurs qui ont écrit sur le Code (1).

La Cour de Bruxelles a toutefois jugé qu'une lettre missive est nulle comme testament, *surtout* lorsque la missive ne contient pas une volonté actuelle et déterminée, et qu'elle peut être considérée comme une simple promesse d'hérédité (2).

Mais l'on est bien fondé à conclure, *è contrariò*, que cette Cour aurait jugé différemment, si la lettre avait renfermé des dispositions précises, et non une simple promesse d'hérédité, ou la manifestation d'un simple dessein ou projet.

La question a été jugée depuis (3), par la Cour de Colmar, dans le sens de la validité de l'acte comme testament olographe. Cette Cour a donné sur ce point une solution précise.

Le droit romain admettait sans difficulté qu'on pût laisser par lettre à quelqu'un, non pas précisément un legs, parce qu'un legs ne pouvait être fait que par testament, mais un fideicommis, qui avait le même effet, surtout depuis Justinien, qui a assimilé les fidéicommis aux legs. Entre autres textes,

---

(1) *Voy.* MM. Merlin, *Répert.* tom. XVII, v° *testament*, pag. 660; Favard de Langlade, *Répert.* v° *testament*, sect. 1, § 1, n° 15; Grenier, tom. Ier, n° 228-8°; Toullier, tom. V, n° 378; et Delvincourt, tom. II, pag. 295, *notes*.

(2) Arrêt du 19 août 1807. Sirey, 13-2-334.

(3) Arrêt du 4 avril 1824. *Recueil périodique* de Dalloz, année 1825, part. 2, pag. 62. *Voy.* pareillement l'arrêt de rejet du 24 juin 1828. Sirey, 28-1-434.

on peut citer la loi 75 ff. *de legatis* 2°; et les lois 11 § 4, et 37 § 4 ff. *de legatis* 3°.

Quant à la loi 17 ff. *de jure Codicill.*, qui paraît opposée, et qui en effet a paru telle à Boutaric, elle n'est point du tout contraire : elle statue seulement sur un cas où, comme l'observe très bien Pothier, l'auteur de la lettre avait simplement témoigné son amitié à quelqu'un, en lui promettant de le faire son héritier; or, promettre de faire n'est pas le fait même : *magis pollicebatur se relicturum, quàm relinquebat.*

En général, lorsque l'auteur de la lettre ne parlera qu'au *futur*, ce ne sera pas un testament; mais il y en aurait un s'il disait : *j'entends qu'il vous soit donné telle chose*, ou *telle somme sur ma succession.*

27. Le testament doit être *écrit en entier de la main du testateur :* en sorte qu'un seul mot d'une main étrangère le vicierait pour le tout, lors même que ce mot serait superflu, car il serait vrai de dire que le testament n'a pas été écrit en entier de la main du testateur, ainsi que le voulait la loi; ce mot ne vicierait donc pas seulement la clause ou la disposition dans laquelle il se trouverait, mais bien l'acte dans son ensemble.

Toutefois une intercalation non approuvée par le testateur n'opérerait pas cet effet, du moins ordinairement : autrement il dépendrait de celui entre les mains duquel tomberait le testament, ou à qui il serait remis pour un motif ou pour un autre, de

l'annuler. Mais si l'acte n'était point sorti des mains du testateur, et si d'autres circonstances encore portaient à penser que l'intercalation a pu être faite de son aveu, par exemple dans un temps où il ne pouvait plus écrire, le testament pourrait être annulé.

Des apostilles écrites en marge par une main étrangère devraient être jugées d'après les mêmes règles : elles annuleraient l'acte, à moins qu'elles n'eussent été mises sans que le testateur en ait eu connaissance avant sa mort, ce qui s'estimerait d'après les circonstances.

28. Au reste, les renvois et apostilles n'ont pas besoin d'être approuvés, quoiqu'il soit prudent de le faire pour prévenir les difficultés. Mais ils ne doivent pas être mis après la signature; ils doivent la précéder, sinon ils seraient réputés non avenus; et soit qu'on les eût mis en marge, soit qu'on les eût placés à la fin de l'acte, ils se rapporteraient à l'endroit où ils seraient indiqués.

29. Les ratures, quelque nombreuses qu'elles fussent, ne vicieraient pas le testament; et il ne serait pas moins valable, quoiqu'il eût été écrit en entier par interlignes, après une première rédaction raturée. La loi laisse au testateur la liberté de rédiger ses dispositions comme il l'entend: d'y ajouter, d'effacer, de modifier, etc.

Elle ne prescrit point non plus d'approuver les ratures, d'en mentionner le nombre, comme elle

le fait par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes reçus par notaires.

Mais tout ce qui serait raturé serait réputé avoir été aboli par le testateur, lors même que les mots pourraient encore se lire aisément, à moins qu'il ne fût évident par le contexte de la phrase, que la rature a été l'effet d'une inadvertance ou d'une précipitation qui l'a fait étendre ou appliquer à un mot que le disposant n'avait aucun motif probable de vouloir rayer.

30. Le testament doit être *daté*... La date est exigée pour plusieurs motifs. D'abord, dans le cas de plusieurs testamens dont l'un dérogerait aux autres, il faut bien savoir quel est celui qui est postérieur. En second lieu, il importe de connaître si, a l'époque où le testateur a fait l'acte, il avait la capacité requise pour le faire, s'il était alors majeur ou mineur, insensé ou sain d'esprit.

Dater un acte, c'est y indiquer le jour où il a eu lieu, et cela se fait ordinairement par l'énonciation des *jour*, *mois* et *an* : par exemple, *le vingt-cinq août mil huit cent vingt-neuf.*

Cependant, comme il n'y a rien de sacramentel dans la manière de dater le testament, on devrait regarder aussi comme valablement daté celui dans lequel le *quantième* du mois, et le mois lui-même ne seraient pas mentionnés, si d'ailleurs l'année l'était, et si, en outre, l'acte était déclaré avoir été fait un jour qui ne pourrait être

confondu avec un autre : par exemple, *le premier de l'an mil huit cent vingt-neuf*, ou même *le jour de Noël mil huit cent vingt-neuf*.

Ces expressions fixeraient l'époque où a été fait le testament avec autant de certitude que si le testateur eût dit *le premier janvier mil huit cent vingt-neuf*, ou *le vingt-cinq décembre mil huit cent vingt-neuf*. Il n'y aurait pas besoin de sortir de l'acte pour en connaître la date d'une manière aussi précise que s'il eût été daté d'après le mode le plus usuel.

L'ordonnance de 1735, art. 38, voulait, il est vrai, que les testamens olographes continssent la date des *jour*, *mois* et *an*, ce qui était des expressions pour ainsi dire sacramentelles; mais l'art. 970 se borne à prescrire de *dater* le testament, sans spécifier la manière dont il devra l'être; or, il l'est clairement aussi dans les exemples ci-dessus : l'époque précise où il a été fait s'y trouve invariablement fixée. En un mot, la date peut être exprimée par des équipollences qui présentent la plus parfaite certitude, qui n'ont rien de variable, qui ne laissent rien à l'arbitraire.

31. Au reste, il n'est pas de rigueur que la date soit mise en toutes lettres; la loi ne le prescrit pas; elle peut être mise en chiffres. Tous les auteurs sont d'accord sur ce point; mais il est beaucoup plus prudent de la mettre en toutes lettres.

32. Quoique l'art. 970, en disant que le testament olographe doit être écrit (en entier), daté et

signé par le testateur, semble tracer une espèce d'ordre à suivre dans la rédaction de l'acte, néanmoins cet ordre n'est pas tellement de rigueur en ce qui concerne la date, que le testateur ne puisse s'en écarter; il est rationnel, sans doute, mais il n'est point impérativement commandé sous peine de nullité. Le testateur peut donc, en thèse générale, mettre la date au commencement comme à la fin, et même dans le corps de l'acte.

On a même jugé plusieurs fois (1) que la date pouvait suivre la signature, pourvu qu'elle fût d'un seul et même contexte avec elle, attendu qu'alors elle est réellement certifiée et sanctionnée par la signature elle-même, comme si elle la précédait; et telle est aussi notre opinion.

33. Le testament serait également bon, quoiqu'il fût daté de deux jours, par exemple s'il se terminait ainsi : *Fait le 24 et le 25 août* 1829; car

---

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Paris, du 13 août 1811 (Sirey, 13-2-332); celui de la Cour de Bordeaux, rapporté dans le *Recueil périodique* de Dalloz, année 1826, part. 2, pag. 93, et une décision de la Cour supérieure de Liége, du 23 juin 1823, rapportée par le même dans la 10e livraison de son recueil, pag. 637.

On peut citer, il est vrai, contre cette doctrine, un arrêt de la Cour de Liége elle-même, du 22 février 1812 (Sirey, 13-2-336), rendu par conséquent à une époque où cette Cour faisait partie de l'empire français; mais dans l'espèce, on s'est principalement fondé sur ce que le testament n'était pas signé, parce que le nom et les prénoms du testateur n'avaient été mis à la fin de l'acte que par forme d'énonciation. Nous reviendrons, au surplus, sur ce dernier point, quand nous parlerons de la *signature*.

la loi ne commande pas de le faire en un seul jour, ni de le dater d'un seul jour; elle ordonne seulement de le dater; or, il est daté, dans l'espèce.

On doit même décider qu'il ne serait pas nul par cela seul qu'il contiendrait une date au commencement, et une autre date différente à la fin, pourvu, bien entendu, qu'elles fussent toutes deux de la main du testateur. C'est ce qui a été jugé en cassation, le 8 juillet 1823, sur le fondement que rien n'empêche un testateur de mettre plusieurs jours à rédiger ses dispositions, et de marquer dans l'acte le jour où il consigne l'expression de ses volontés.

34. Mais, si de plusieurs dispositions écrites successivement sur le même papier, les unes sont datées et signées, et que d'autres ne soient pas datées, ces dernières, quoique signées, sont nulles. A plus forte raison le seraient-elles si elles n'étaient pas signées, quoiqu'elles fussent datées. En pareil cas, il y a plusieurs testamens, dont l'un est valable, et l'autre nul. Le premier était complet par la date et la signature; le second est resté imparfait faute de date; *sed utile per inutile non vitiatur.*

Cependant, dans un cas où après plusieurs dispositions datées et signées, le testateur en avait mis d'autres à la suite, qu'il avait signées mais non datées, la Cour de Metz avait reconnu ces dernières comme également valables. Elle s'était déterminée par la considération que les dernières dispositions paraissaient avoir la date des premières. Par leur

liaison avec elles; mais sa décision a été cassée (1) en ces termes: « La Cour, vu l'art. 970 du Code ci-« vil, qui veut que les testamens olographes soient « écrits, datés et signés par le testateur; vu l'art. 1001 « du même Code, qui attache la peine de nul-« lité au défaut desdites formalités; considérant, « dans l'espèce, que la date du 11 avril 1795 aux « premières dispositions testamentaires du défunt « Majainville ne peut s'appliquer aux articles qui « sont écrits à la suite de la même date; que, parmi « les dispositions de ces articles, il ne s'en trouve « que deux auxquelles le testateur ait appliqué ex-« pressément la date postérieure du 1er jour com-« plémentaire de l'an IX (18 septembre 1801); « qu'ainsi toutes les autres dispositions du testateur « intermédiaires entre la date du 11 avril 1795 et « celle du 1er jour complémentaire an IX se trou-« vent sans date, et par conséquent nulles; que la « date du testament étant une formalité extrinsèque « de l'acte dont la loi exige l'observation sous peine « de nullité, on ne peut, comme l'a fait la Cour d'ap-« pel de Metz, suppléer à son omission par des consi-« dérations prises de l'intention plus ou moins ap-« parente du testateur; d'où il suit qu'en validant « indistinctement et sans exception toutes les dis-« positions testamentaires du défunt Majainville, la « Cour d'appel a méconnu les art. 970 et 1101 ci-« dessus cités: par ces motif, casse, etc. »

(1) Le 12 mars 1806. Dalloz, 10e livraison, pag. 633.

De plus, dans le cas où le testateur a fait des dispositions qu'il a signées mais non datées, et qu'il en a fait ensuite d'autres sur le même papier, qu'il a datées, mais non signées, les premières sont-elles nulles faute de date, et les secondes, faute de signature ?

Et *vice versâ;* s'il a d'abord fait des dispositions qu'il a datées, mais non signées, et, à la suite, d'autres dispositions qu'il a signées mais non datées, sont-elles nulles les unes et les autres? Par exemple: « Je lègue à Paul ma maison. Paris, le 1er janvier 1829.

« Je lègue à Jean mon jardin. PHILIPPE. »

Dans le premier cas, il n'est pas douteux que toutes les dispositions ne soient nulles; car la date n'existant pas dans les premières et ne se trouvant dans les secondes qu'après la signature, mise seulement aux premières, il en résulte nécessairement qu'aucune d'elles ne réunit les conditions requises pour valoir comme testament olographe.

Mais dans le second cas il en est autrement. En effet, la loi n'ayant pas fixé la place que doit occuper la date dans le testament, elle peut non-seulement se trouver au commencement comme à la fin de l'acte, mais encore dans le corps de l'acte : or, la date, quoique mise à la suite de la première disposition, et avant la seconde, peut s'appliquer à l'une comme à l'autre, et par conséquent l'une et l'autre se trouve tout à la fois datée et signée.

La première se trouve en effet signée comme la dernière, puisque la date mise dans le corps de

l'acte n'empêche pas qu'elle ne s'y rapporte : la première disposition n'étant point par elle-même un acte testamentaire complet, à la différence du cas jugé par la Cour de Metz, ci-dessus cité, où les premières dispositions étaient parfaites par la date et la signature, ce qui empêchait la validité des dernières, qui n'étaient que simplement signées et non datées. En un mot, il y avait dans ce cas plusieurs testamens, quoiqu'il n'y eût qu'un seul papier; tandis que dans l'espèce en question, aucune des dispositions n'étant complète par elle-même, c'est leur ensemble qui les complète, comme dans les cas ordinaires. La signature mise à la fin de l'acte confirme la première comme la seconde, et la date mise à la fin de celle-là s'applique à celle-ci.

La contexture du testament pourrait même laisser du doute sur le point de savoir si la date a été mise à la première ou à la seconde disposition: dans le cas où, par exemple, ces deux dispositions seraient écrites de suite, sans alinéa, de même encre, et séparés uniquement par la date; car on pourrait aussi bien soutenir que le testateur l'a appliquée à la seconde qu'à la première, puisque la date peut aussi bien précéder que suivre la disposition; et il en serait de même si la date formait elle-même un alinéa. Mais dans le cas même où il est visible que la date se rattache plus spécialement à la première disposition, parce qu'elle y fait suite, et que la seconde forme un alinéa distinct, nous n'en persistons pas moins, par les raisons ci-dessus,

à penser que la date s'applique à toutes deux, et que la signature s'applique également à l'une et à l'autre, encore que l'encre fût évidemment différente. La signature a tout complété.

35. En principe, la date irrégulièrement ou faussement exprimée n'est pas une date, dans le sens de la loi, parce qu'elle n'est point l'indication de l'époque où le testament a été fait. Tels seraient les cas où le *jour* ou le *mois* ou l'*année* serait omis ou rayé, ou bien raturé ou surchargé de manière que la véritable date ne se lirait pas clairement; ou bien encore quand il serait établi que la date, quoique correctement écrite, est néanmoins fausse. Et vainement, en thèse générale, on opposerait que l'irrégularité ou la fausseté de la date doit être indifférente lorsque le testament ne se trouve en concours avec aucun autre, quoiqu'on offrît d'ailleurs de justifier qu'à toutes les époques, même à celle où les adversaires de l'acte prétendraient qu'il a été fait, le testateur se trouvait capable de tester; car on répondrait que les formalités prescrites par la loi n'étaient pas moins impérativement commandées, bien que les inconvéniens qu'elles ont pour but de prévenir ne se rencontrassent pas dans l'espèce particulière. Ces formalités sont requises sans distinction, parce que c'est à elles seules que le législateur a dû s'attacher pour reconnaître la volonté du disposant. On ne peut puiser hors de l'acte lui-même la preuve qu'il a réellement

été fait à telle époque, qui n'y est point régulièrement mentionnée ; c'est l'acte seul, au contraire qui doit tout prouver en ce qui concerne les formes et conditions prescrites pour sa validité comme testament (1).

36. Voilà le principe ; mais si l'irrégularité ou l'erreur dans l'expression de la date ne résultait que de l'omission d'un mot que la raison forcerait de suppléer, sans qu'on pût supposer que le testament a pu être fait à une autre époque que celle indiquée par la date ainsi complétée, et sans qu'il fallût d'ailleurs sortir de l'acte lui-même pour acquérir la certitude que c'est bien réellement à cette époque qu'il a été fait, alors l'acte serait certainement valable, nonobstant l'irrégularité de la date. Car ce que la loi demande c'est la certitude de l'époque où le testament a été fait, et on aurait pleinement cette certitude par le testament lui-même ; par exemple si la date était ainsi conçue : Le *vingt-cinq août mil cent vingt-neuf*, le mot *huit* devrait être suppléé par le juge, vu qu'il est clair que le testament a été fait le 25 août 1829. Il y a en effet impossibilité de référer la date à une autre époque sans s'écarter des indications positives contenues dans la date exprimée, quoique incomplètement : à

(1) *Voy.* dans le *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 641, l'arrêt de la Cour supérieure de Bruxelles, du 4 décembre 1824, qui a appliqué ces principes au cas d'un testament qui portait une date reconnue fausse.

la différence du cas où l'omission porterait sur le *jour*, le *mois* ou *l'année*, ce qui ne permettrait plus alors de reconnaître avec certitude l'époque précise de la confection de l'acte.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen, absolument dans la même espèce, et ensuite la Cour de Cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt (1). « Attendu, a dit la Cour suprême, qu'il résulte des « monumens les plus solennels de la jurisprudence, « qu'en droit une erreur de date ne vicie pas l'acte « qui la renferme, toutes les fois qu'on trouve dans « *le même acte des élémens matériels et physiques qui* « *la corrigent, la vérifient et la fixent nécessairement;* « attendu, en fait, que les élémens matériels de la « main de la testatrice, et faisant partie intégrante « de l'acte, suppléent nécessairement le mot *huit*, « seule omission qu'on puisse reprocher à la date en « question; et qu'ainsi, comme le déclare l'arrêt atta- « qué, il est manifestement et nécessairement établi « que le testament a été fait et écrit le quinze juin « mil huit cent seize: d'où il résulte que le vœu de « la loi est rempli; rejette. »

On a même jugé en cassation, le 12 juin 1821, qu'un testament olographe portant la date du vingt septembre *mil sept cent quatre-vingt-treize*, n'était pas nul, quoiqu'il fût clairement établi que la date était fausse. Mais il résultait des énonciations contenues dans le testament lui-même, que sa véritable

(1) Le 19 février 1818.

date était évidemment et nécessairement celle du vingt septembre *mil huit cent treize.*

Il y avait cependant plus de doute dans ce cas que dans le précédent, puisque ce n'était pas seulement un mot omis qui empêchait que la date fût régulièrement exprimée, c'était une date faussement indiquée, et que l'on n'a rétablie qu'au moyen des diverses mentions contenues dans le testament. Mais ces mentions conduisaient naturellement à reconnaître que la date était, non du 20 septembre mil sept cent quatre-vingt-treize, mais bien du 20 septembre mil huit cent treize.

37. D'après ce qui vient d'être dit, on voit que les surcharges dans la date n'annuleraient pas toujours le testament. Mais si la surcharge permettait de voir deux jours, ou deux mois, ou deux ans différens, cette incertitude l'annulerait, car il serait vrai de dire qu'il n'est pas daté, puisque l'époque précise où il a été fait ne serait point indiquée. Tandis que si la surcharge laissait toujours voir un même jour, ou mois, ou an, le testament ne serait pas moins bon, pourvu que la date se distinguât d'ailleurs suffisamment malgré la surcharge.

38. Le testament doit être *signé* par le testateur, et, comme nous l'avons dit plus haut, la signature doit être à la fin de l'acte, et après la date, parce qu'elle doit la certifier, la sanctionner, sauf le cas toutefois où la date qui suivrait la signature ne ferait avec elle qu'un seul et même contexte; encore

est-il plus prudent de la mettre avant la signature. Si, après la date et la signature, on a mis une disposition additionnelle non datée et signée, cette disposition sera bien nulle sans doute, mais elle n'annulera pas le testament, qui était régulier par lui-même.

39. Et quant à la signature, elle doit généralement être du nom de famille tel qu'il est constaté par l'acte de naissance, sauf à y ajouter le *surnom* par lequel on peut être distingué, dans la société, des individus qui portent le même nom : les surnoms et les noms patronimiques ne sont point la signature du nom de famille, et la loi n'a pu entendre par *signature* que l'expression véritable du nom du signataire. Il y a toutefois quelques observations à faire sur ce point.

D'abord, les prénoms ne sont pas exigés, quoiqu'il soit utile de les mettre pour bien faire distinguer le testateur des personnes qui portent le même nom.

Quant aux noms eux-mêmes, l'article 211 de l'ordonnance de 1629, vulgairement appelée le Code *Michaud*, voulait que tous nobles fussent obligés de signer de leur nom de famille, et non pas seulement de celui de leur seigneurie, à peine de nullité des actes et contrats; mais, d'abord, cette ordonnance n'a point reçu d'exécution dans le ressort du parlement de Paris, quoiqu'elle y ait été enregistrée, l'enregistrement n'ayant pas été fait librement, et

ses dispositions à ce sujet n'ont été reproduites dans aucune autre ordonnance (1), loi ou décret; en sorte qu'elle n'est d'aucune autorité sur la question (2).

Les lois de la révolution, en abolissant les titres nobiliaires, défendaient aux citoyens de porter d'autre nom que celui de *famille constaté par l'acte de naissance* (3), et la loi du 11 germinal an XI prohibe les changemens de nom qui ne seraient pas autorisés par le Gouvernement. Mais la Charte constitutionnelle, en rétablissant les titres de noblesse, a par cela même permis à ceux qui portaient des noms nobiliaires et qui les avaient quittés en exécution de ces lois, de les reprendre.

De la combinaison de ces diverses dispositions ressort une première observation, qui nous paraît fondée sur la nature même des choses : c'est que celui qui signe d'un nom, nobiliaire ou autre, *porté dans son acte de naissance*, signe suivant le vœu même de la loi, quoique ses ancêtres en eussent porté un autre; il ne connaît que celui qui est dans

(1) Toutefois une ordonnance postérieure a défendu aux novices de signer leur testament de leur nom de religion.

(2) Tel est aussi l'avis de M. Grenier, *des donations*, tome 1er, n° 244, et c'est ce qui fut dit à l'appui de la validité du testament de Massillon, dont nous allons parler tout à l'heure.

Ricard, *des donations*, pag. 343, sect. 7, cite toutefois l'ordonnance de 1629, comme applicable.

(3) Le décret du 6 fructidor an II, s'exprimait ainsi, par son art. 1er : « Aucuns citoyens ne pourront porter d'autres noms que ceux « exprimés dans leur acte de naissance; » et l'art. 7 ajoutait : « Il est « défendu aux fonctionnaires publics de les désigner dans les actes « autrement que par leur nom de famille. »

son titre de naissance; c'est ce titre qui le rattache à sa famille et le fait connaître à la société.

Le système contraire serait un bouleversement des familles et des fortunes. Les enfans ne peuvent être victimes de la vanité des pères qui ont abandonné leur véritable nom pour en prendre un qui plaisait davantage à leur amour- propre, et qu'ils ont ensuite donné à leurs enfans dans leurs actes de naissance; et les tiers qui ont traité avec ceux-ci, sur la foi d'un nom publiquement connu, ne doivent pas non plus être trompés. Ce point doit être hors de toute controverse, lors même que ce ne serait pas d'après des lettres de noblesse que le nom de famille aurait été abandonné; à plus forte raison dans le cas contraire.

Voilà pour les enfans et descendans d'individus qui ont changé leur nom. Mais la plupart des personnes titrées signent généralement leurs actes du nom nobiliaire qu'ils portent héréditairement. Les ministres, notamment, contre-signent même les ordonnances qui se placent dans leur département de leur nom nobiliaire et héréditaire, quand ils en portent un, et non pas seulement de celui qui était originairement leur nom de famille, et l'on ne s'est pas encore avisé de prétendre que ces actes n'étaient pas légalement contre-signés.

Bien mieux, les évêques ministres chargés du département des affaires ecclésiastiques, contre-signent les nominations à des siéges, les ordonnances, etc.,

de la même manière qu'ils signent les actes de leur ministère apostolique, c'est-à-dire de la †, des prénoms et du nom du siége occupé par l'évêque, et l'on regarde assurément cette signature comme parfaitement légale. Aucune discussion ne s'est encore élevée à ce sujet.

En doit-il être autrement pour les actes privés, et spécialement pour les testamens?

On connaît le procès qui a eu lieu au sujet de celui du célèbre Massillon, évêque de Clermont, qui était en la forme mystique, écrit par un tiers, signé à toutes les pages et sur l'acte de suscription en cette forme : † J. B., *évêq. de Clermont.* Le frère de l'illustre orateur attaqua le testament pour défaut de signature; il fut repoussé en première instance; sur l'appel on transigea.

Le même cas s'est présenté sous le Code, relativement au testament de M. Loyson, évêque de Bayonne. Les noms du testateur étaient *Jean Jacques Loyson*, et le testament était ainsi signé : † J.-J. *évêque de Bayonne.* La Cour de Pau l'a jugé valable, et sa décision a été maintenue par la Cour suprême, en ces termes :

« Attendu que l'arrêt déclare, sur le vu des « différentes pièces souscrites par le testateur, « que la signature étant au bas du testament li- « tigieux est celle qu'il employait habituellement « dans tous les actes qu'il souscrivait, et qu'ainsi « en déclarant ce testament valable, la Cour « royale de Pau ne s'est mise en opposition avec

« aucune des lois invoquées, rejette, etc. (1) »

On produisait en effet plusieurs actes que M. Loyson avait souscrits de la même manière.

Les motifs de l'arrêt de la Cour de Pau (2) portent en substance que « les lois invoquées relativement au changement de nom sont étrangères à la question à décider; qu'aucune loi actuellement en vigueur n'a déterminé, ni la manière, ni la forme de signer, et que le but du législateur a été que la personne et les dispositions du testateur fussent certaines; que depuis la promotion du testateur à l'épiscopat, il avait adopté cette manière de signer, selon un ancien usage encore suivi des évêques; qu'enfin c'était par cette signature qu'il certifiait habituellement les actes civils et ceux de son ministère; qu'ainsi le testament était signé dans le sens de l'art. 970.

Que l'on suppose, en effet, que M. Loyson eût été chargé du département des affaires ecclésiastiques, il eût signé les actes de son ministère et contre-signé les ordonnances royales de la même manière qu'il l'a fait pour son testament, et comme le font les évêques chargés de ce département; or, n'y aurait-il pas inconséquence à déclarer des actes d'une si haute importance valablement signés ou contre-signés, et à décider, d'un autre côté, que le testament, signé de la même manière, ne l'a pas

---

(1) Arrêt du 23 mars 1824. Sirey, 24-1-245.

(2) Rapporté dans Sirey, 1822-2-337.

été valablement? Cela ne serait pour nous l'objet d'aucun doute.

En généralisant la proposition, nous dirons, avec M. Grenier (1), que la signature des simples particuliers, conforme à leur manière habituelle de signer, remplit pareillement le but de la loi, quels que soient les actes qu'ils signent; et il y a les même motifs de décision lorsqu'ils signent un testament de la manière dont ils ont signé toute leur vie; car, ainsi que l'a dit avec beaucoup de raison la Cour de Pau dans l'affaire du testament de M. Loyson, le but unique du législateur, en prescrivant la signature, a été que la *personne* et les dispositions fussent certaines.

Bannelier, cité par M. Merlin (2), qui en approuve la décision, disait pareillement « qu'il de« vait se faire une exception à la règle prescrite « par l'ordonnance de 1629, lorsque le testament « se trouve signé en la même forme et sous la « même désignation que le contrat de mariage, et « que tous les actes les plus importans qu'aurait « passés le testateur toute sa vie : *sic agebat, sic « contrahebat.* » Et le même auteur cite d'anciens arrêts rendus par le parlement de Dijon qui ont confirmé cette exception.

Enfin, la Cour royale de Bourges a jugé parfai-

---

(1) Tom. Ier, no 244 *bis*.

(2) Tom. XVII de son *Répertoire*, au mot *signature*, § 3, art. 4, no 2.

tement en ce sens, le 19 août 1824 (1). Dans l'espèce, il s'agissait aussi de la signature d'un simple particulier, et les motifs de l'arrêt sont si positifs et si concluans, qu'il importe de les citer pour connaître la vraie solution que réclame la question:
« Considérant, 1° que le nom de famille du tes-
« tateur était Marie; que l'on trouve dans un
« grand nombre d'actes publics, le nom de Marie
« *d'Avigneau;* mais que l'habitude de prononcer
« ce dernier nom faisait regarder celui de *Marie*
« comme seulement patronimique, et qu'en effet
« le testateur, et l'appelant lui-même, qui est son
« frère, n'est connu partout que sous le nom
« *d'Avigneau;* que c'est sous ce dernier nom seu-
« lement que le brevet d'une pension a été accordé
« par le roi au testateur, pour ses services, et que
« le titre de chevalier de Saint-Louis lui a été con-
« féré; qu'il en est de même de l'inscription de sa
« pension aux registres, de l'inventaire par lui fait
« les 28 et 29 mars 1821, et d'un grand nombre
« d'actes dans lesquels le nom seul *d'Avigneau* est
« porté, et non celui de *Marie.* Que, si l'on examine
« les quittances par lui données de sa pension, les
« actes signés par lui comme *Maire de sa com-*
« *mune,* les baux qu'il passait, etc., on n'y trouve
« que le nom *d'Avigneau,* en sorte que l'opinion
« publique ne s'est arrêtée qu'à ce seul nom; que
« le but du législateur, en prescrivant la signature,

(1) *Recueil périodique* de Dalloz, année 1825, part. 2, pag. 62.

« a été que la personne du testateur fût connue, et « que *la foi publique serait trompée* si le nom « qu'il s'était donné et qu'il portait toujours dans « sa vie publique et privée, ne suffisait pas pour le « faire reconnaître, etc. »

M. Favard de Langlade rapporte, dans son *Répertoire*, au mot *signature*, § 1er, nº 8, un arrêt de la Cour de cassation, du 30 janvier 1824, qui vient encore à l'appui de cette doctrine. Quoique cet arrêt ait été rendu à l'occasion de la signature d'un employé de la régie des contributions indirectes, apposée au bas d'un procès-verbal tendant à constater une contravention, il ne laisse pas que d'y avoir une grande analogie entre cette espèce et celle dont il s'agit. M. Favard l'y voit comme nous.

La question est donc subordonnée aux circonstances du fait, et c'est dire par cela même qu'elle est en quelque sorte dans le domaine des tribunaux. Il serait difficile, en effet, que la Cour de cassation réformât un arrêt qui aurait décidé en fait que la manière dont le testateur a signé son testament a, ou non, rempli le but de la loi.

40. On convient au surplus que le testament d'un simple particulier, auquel il aurait seulement apposé pour signature deux ou trois lettres initiales de ses noms et prénoms, ne serait point regardé comme valable, quand même il aurait souvent, presque toujours, toujours même signé de cette

manière. Quelques lettres de l'alphabet réunies ne forment point un nom, dit M. Grenier au même endroit, ni par conséquent une signature; et un usage précédent, quelque ancien et quelque uniforme qu'il eût été, ne serait qu'un abus qui ne pourrait en autoriser d'autres. « Dès que pour être « censé signer un acte, observe M. Merlin (1), il faut « y apposer son nom, il est bien clair qu'il faut y « apposer toutes les lettres alphabétiques dont ce « nom se compose; et qu'un testateur ne serait pas « censé signer son testament s'il n'y apposait que, « soit ses prénoms ou l'un de ses prénoms, soit les « lettres initiales de son nom seulement, ou seule- « ment de ses prénoms et de son nom, ou seule- « ment de ses prénoms. » Et M. Merlin cite à ce sujet plusieurs arrêts qui l'ont jugé ainsi, notamment un du 26 octobre 1658, qui déclara nul le testament de *Marie-Renée de Baronnage*, parce qu'il n'était signé que des lettres initiales M. R. B.

Cependant M. Merlin ajoute qu'il y a tout lieu de croire, d'après les décisions qui ont maintenu les testamens de Massillon et de M. l'évêque de Bayonne, que le testament signé des simples initiales des noms et prénoms du testateur pourrait être reconnu valable, si ce dernier ne signait pas seulement de la sorte ses lettres missives, mais signait habituellement ainsi les actes importans; que telle paraît être la conséquence de la limitation reconnue par la jurispru-

---

(1) Tome XVII, v° *signature*, § 4, art. 5, n° 2.

dence, que souffre la règle générale, suivant laquelle les actes doivent être signés du nom de famille.

M. Grenier rejette cette opinion, et nous croyons que c'est avec raison. L'exemple des testamens de Massillon et de M. Loyson ne la motive nullement, car ces testamens se trouvaient revêtus de l'indication de la qualité de ces prélats, ce qui faisait parfaitement reconnaître la personne du testateur, tandis que lorsqu'il s'agit d'un simple particulier, des initiales de nom n'offrent aucune certitude; il n'y a presqu'aucun moyen de s'assurer si c'est bien l'individu à qui l'on attribue ces lettres comme signature, qui les a effectivement apposées à l'acte. Ce n'est pas là une signature.

41. Mais comme le testament est souvent fait dans les derniers instans de la vie du testateur, la signature qui serait irrégulièrement formée ou mal orthographiée n'entraînerait point nécessairement la nullité du testament, si elle pouvait d'ailleurs se lire suffisamment, et que sa sincérité ne pût être révoquée en doute. Au lieu qu'il faudrait regarder comme nul un testament auquel il se trouverait seulement pour signature des initiales de prénoms ou de noms patronimiques, suivies de quelques caractères confus et informes, qui ne présenteraient point par conséquent l'expression du nom de famille du disposant. Mais il vaut mieux, en pareil cas, lorsque le testament est par acte public, que les notaires déclarent que,

attendu sa faiblesse, le testateur n'a pu apposer d'autre signature. Au moyen de cette mention, qui doit être lue et signée conformément à la loi, le testament devient inattaquable sous ce rapport.

42. On a jugé nul pour défaut de signature, un testament ainsi terminé : *fait et signé par moi Michel-François Falla, de la commune de Loncin, canton de Hallone, le 20 décembre* 1809.

Les héritiers légitimes ont prétendu que l'énonciation du nom et des prénoms du testateur, en forme de narration, sans signature spéciale, ordinaire et détachée, ne remplissait pas le vœu de la loi. Ils ont soutenu, en outre, que la date ne se trouvant mise qu'après la prétendue signature, elle ne le remplissait pas davantage, parce qu'elle n'était pas certifiée, quoiqu'elle fît suite à l'énonciation des nom et prénoms, et ne fît avec elle qu'une seule et même phrase.

La Cour de Liége, par arrêt du 22 février 1812, que nous avons déjà eu occasion de citer sous un autre rapport, a adopté ces conclusions, en disant: « Qu'en effet on ne peut, dans le cas présent, « prendre pour signature les mots *Michel-François* « *Falla*, 1° parce qu'ils se trouvent au milieu d'une « phrase qu'ils rendent complète, et qui, sans eux, « n'aurait plus aucune signification; qu'ainsi ils ne « se présentent pas comme signature, mais comme « complément de la proposition; 2° parce que cette « phrase ne contient qu'une déclaration énoncia-

« tive de l'intention dans laquelle se trouvait Michel-« François Falla de signer son testament, ce qui ne « peut suppléer à une signature effective requise à « peine de nullité ; 3° parce que le testament rédigé « par Michel-François Falla ne peut être considéré « que comme un simple projet de testament olo-« graphe, non revêtu de la signature du testateur.

« Attendu, d'ailleurs, qu'en prenant les mots « Michel-François Falla pour la véritable signature « de l'acte dont il s'agit, il ne faudrait pas moins en « prononcer la nullité pour défaut de date ; car « cette formalité étant également requise à peine « de nullité, il faut que la date se trouve dans le « corps de l'acte, et qu'elle soit attestée, comme le « reste de la disposition, par la signature qui doit « compléter le testament, et lui donner la sanction « nécessaire pour le rendre parfait. »

Nous nous sommes déjà expliqués sur ce dernier point ; et quant au premier motif de l'arrêt, nous ne saurions non plus l'adopter.

En effet, qu'est-ce que la signature, si ce n'est l'expression du nom ? Or, le nom et même les prénoms et l'indication du lieu du domicile, pour faire encore mieux reconnaître l'individu, se trouvaient dans l'acte, à la fin des dispositions qu'ils sanctionnaient.

La loi ne commande pas que le testateur, quand il met sa signature, déclare que c'est sa signature ; elle n'exige aucune mention à cet égard ; et supprimez ces expressions *fait et signé par moi*, vous

avez ensuite dans ces mots, *Michel-François Falla de la commune de Loncin, canton de Hallonge*, une signature complète, et à l'abri de toute critique, quoiqu'il n'y eût pas de paraphe, la loi n'en demandant pas; et même avec ces expressions, vous avez encore une signature complète, et non pas seulement une simple énonciation de l'intention du testateur de vouloir signer son testament, comme l'a dit, contre toute vraisemblance, la Cour de Liége.

Nous soutenons même que, quoique l'énonciation du nom du testateur eût été suivie de quelques autres expressions, elle aurait encore été une signature suffisante, et que le testament aurait été valable, si toutefois ce qui aurait suivi eût pu se supprimer sans porter atteinte aux formalités essentielles. C'est ce qu'a jugé la Cour de Rennes, et ensuite la Cour de cassation, en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt (1).

Dans l'espèce, le testament, daté au commencement, se terminait ainsi : « Telles sont mes in-« tentions et dernières volontés. Fait et écrit en « entier, après mûres réflexions, par moi Pauline « d'Espinose, veuve Guyot, qui ai signé après lec-« ture et méditation. Fait au Croisic, le 20 janvier « 1806. (Et au dessous) deux mots rayés nuls. «

Comme le testament se trouvait daté en tête, la date à la fin se trouvait superflue. L'indication du lieu était également surabondante, suivant ce qui a

---

(1) Du 20 avril 1813. *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 651.

été démontré plus haut; la mention des deux mots rayés n'était pas davantage nécessaire, et enfin celle que la testatrice avait signé le testament, qu'elle l'avait signé après lecture et méditation, pouvait également se retrancher sans que l'acte en fût le moins du monde blessé dans sa substance ou dans ses dispositions. En retranchant donc toutes ces énonciations superflues, le testament se trouvait terminé par la signature de la testatrice, comme le veut la loi; aussi a-t-il été jugé valable, quoiqu'il n'y eût pas de signature détachée, avec paraphe.

43. Au surplus, pour qu'il y ait testament olographe, il ne suffit pas qu'il y ait un acte écrit en entier, daté et signé de la main de la même personne, il faut encore que cet acte contienne, 1° une disposition, et non un simple projet, ou un conseil, ou une prière; et 2° que l'effet, aussi bien que l'exécution de cette disposition, soit reporté après la mort de l'auteur de l'acte.

De là est née souvent la question de savoir si un acte dans lequel un individu a déclaré *donner*, sans ajouter que sa disposition est testamentaire, est un testament, quand cet acte est écrit en entier, daté et signé de la même main.

Il n'y aurait pas de doute que l'acte fût un testament, si le disposant se fût servi des expressions *je lègue*, ou de celles-ci : *je donne et lègue*, ou s'il eût dit : *je donne après ma mort*, ou enfin s'il eût employé des termes qui indiquassent qu'en effet il a

entendu ne donner que pour le temps où il ne serait plus. Mais dans l'espèce posée d'abord, l'expression *donner*, ou *je donne*, ne présente point par elle-même nécessairement l'idée d'une disposition testamentaire, quoiqu'elle se trouve dans un acte qui réunit toutes les formalités pour les testamens olographes, puisqu'il est possible en effet que l'auteur de l'acte n'ait voulu faire qu'une donation entre-vifs.

Suivant Voët, Menochius, Furgole, Ferrières et autres, dont M. Merlin réunit les témoignages dans son *Répertoire*, tom. 3, vº *testament*, sect. 2, art. 2, nº 3, celui qui *donne*, sans exprimer que sa libéralité n'aura d'effet qu'après sa mort, ou qui n'emploie aucune expression propre, par son sens naturel et usuel, à faire induire que telle est sa volonté, est présumé vouloir donner entre-vifs plutôt qu'à cause de mort.

Cela ne saurait être douteux dans les actes publics réunissant les formes prescrites pour les donations entre-vifs; mais dans les actes privés, cette présomption, qui n'est au surplus écrite nulle part dans la loi, est fortement combattue par une autre, par celle qu'une personne n'est pas censée avoir voulu faire un acte nul; or, elle aurait fait un acte nul si cet acte ne renfermait qu'une donation entre-vifs, puisque tout acte portant donation entre-vifs doit être passé devant notaire, avec minute (article 931).

Et quand l'acte n'est pas sorti des mains de son auteur, ou que, du vivant de ce dernier, celui au pro-

fit duquel il a été fait ne l'a pas eu en sa possession, n'en a même jamais eu connaissance, il est bien plus difficile encore de présumer que c'est cependant une donation entre-vifs, et non une disposition testamentaire, que le disposant a voulu faire. Dans quel but, en effet? Qu'en pouvait-il résulter pour le prétendu donataire? Et sans parler de l'absence de toute acceptation, peut-on y voir les caractères de la donation entre-vifs, le dépouillement du donateur, ou du moins l'attribution d'une action quelconque au donataire, ainsi que l'irrévocabilité? En pareil cas, si le disposant a voulu faire quelque chose, ainsi qu'on doit naturellement le présumer, il a dû vouloir faire une disposition testamentaire, dont il restait maître d'anéantir les effets quand bon lui semblerait.

Si l'acte contenait plusieurs dispositions au profit de diverses personnes, il serait encore plus évident, s'il est possible, que son auteur n'a point entendu leur faire des donations entre-vifs, puisque aucune d'elles n'aurait un titre propre et exclusivement personnel pour en demander l'exécution, et que tout porterait cependant à croire que si le disposant eût réellement voulu donner entre-vifs à chacune d'elles, il lui aurait aussi fourni un titre pour réclamer la délivrance du droit tel qu'il entendait le lui conférer. Enfin, la présomption émise d'abord, et adoptée par les auteurs précités, disparaîtrait tout-à-fait si l'acte contenait plusieurs dispositions dont l'une serait exprimée par les sim-

ples mots *je donne*, et l'autre par ceux-ci : *je lègue* ou *je donne et lègue*; car il serait alors clair comme le jour que le disposant n'aurait pas entendu faire tout à la fois, dans le même acte, une donation entre-vifs et une disposition testamentaire.

On convient, au reste (1), que la question de savoir si un acte écrit, daté et signé par son auteur a la nature du testament olographe, c'est-à-dire s'il renferme une disposition, et si cette disposition est subordonnée au décès et à la survie du gratifié, dépend de l'appréciation des termes que le disposant a employés pour manifester sa volonté; que la solution de cette question est abandonnée aux lumières et au pouvoir interprétatif des tribunaux, et que leurs décisions, en pareil cas, échappent à la censure de la Cour suprême. Cela est vrai, et la jurisprudence de cette Cour est même formée en ce sens (2), mais du moins les tribunaux eux-mêmes ne doivent-ils pas perdre de vue que la loi n'exige pas, pour la validité des dispositions testamentaires, l'emploi de telle ou telle expression plutôt que de telle autre (art. 967), et que la plupart des testateurs peuvent naturellement attacher la même signification aux mots *je donne* qu'aux mots *je lègue*.

---

(1) MM. Grenier, tom. Ier, n° 224 et 224 *bis;* Toullier, tom. V, n° 379.

(2) *Voy.* notamment l'arrêt du 6 thermidor an XIII, dans le *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 622; celui du 5 février 1823, rendu par la section civile, *ibid.*, pag. 625; et l'arrêt de la Cour d'Aix, du 25 août 1825. Sirey, 26-2-193.

Ils doivent aussi songer à cette règle de droit et de raison, qu'un disposant n'est pas censé avoir voulu contrevenir à la loi, en donnant entre-vifs par acte privé, et encore moins avoir voulu faire un acte purement inutile.

Aussi ne saurions-nous adopter une décision de la Cour de Caen, contre laquelle cependant on s'est vainement pourvu en cassation. Cette Cour n'a vu qu'une donation entre-vifs dans l'espèce suivante.

Le 31 août 1818, le sieur Hébert écrivit en entier, data et souscrivit un acte ainsi conçu : « *Je donne* « à Marie-Catherine Le François tout ce que je pos- « sède. Au Faulq, ce 31 août 1818. »

Il mit cet écrit dans un coffre où il avait d'autres papiers, en fit part à Marie-Catherine Le François, en lui disant, quelques heures seulement avant sa mort, qu'il y avait dans le coffre un papier qui la concernait; il décéda peu de jours après, le 4 septembre 1818. Le juge de paix qui apposa les scellés trouva l'acte ci-dessus dans le coffre, d'après l'avis qui lui fût donné par Marie-Catherine Le François, et le regardant comme un testament olographe, il le présenta au président du tribunal, qui, considérant aussi cet acte comme un testament olographe, en ordonna le dépôt entre les mains d'un notaire désigné par lui, pour le placer parmi ses minutes.

En conséquence de ces formalités, Marie-Catherine Le François ayant été envoyée en possession des biens du sieur Hébert, qui ne laissait ni descendans ni ascendans, les collatéraux de celui-ci

ont demandé la nullité de l'acte du 31 août 1818 comme n'étant qu'une donation entre-vifs, nulle pour avoir été faite sous signature privée, et cette nullité, prononcée d'abord par le tribunal de Pont-l'Évêque, l'a été aussi par la Cour de Caen, par arrêt du 11 juillet 1820. Voici les principaux motifs de cet arrêt.

« Considérant que le Code civil ne reconnaît que « deux moyens de disposer de ses biens à titre « gratuit, la donation entre-vifs et le testament; « que la donation entre-vifs est définie par l'ar- « ticle 894, un acte par lequel le donateur se dé- « pouille actuellement et irrévocablement de la « chose donnée en faveur du donataire qui l'ac- « cepte; que l'art. 895 définit le testament un acte « par lequel le testateur dispose, pour le temps où « il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, « et qu'il peut révoquer : que de là il suit que, pour « qu'un acte de libéralité puisse être considéré « comme testament, il est indispensable que l'au- « teur de cette libéralité dispose pour le temps où « il ne sera plus; que l'acte de libéralité dont « Marie-Catherine Le François réclame le bénéfice, « comme acte testamentaire, est conçu en termes « qui sont tous au présent; que l'auteur de l'acte « ne donne pas ce qu'il laissera ou ce qu'il possè- « dera lors de son décès; qu'il donne ce qu'il pos- « sède actuellement : qu'il ne dispose donc pas pour « le temps où il n'existera plus; qu'ainsi cet acte « n'est pas un testament. »

Nous ne craindrons pas de le dire, indépendamment de ce que l'arrêt, selon nous, a mal jugé dans l'espèce, il établit une doctrine insoutenable, celle qu'il faudrait nécessairement, pour qu'il y eût testament, que le testateur s'exprimât *au futur*.

En effet, de ce que l'auteur de l'acte avait dit *je donne ce que je possède*, avait-il moins entendu dire par là qu'il ne donnait que pour le temps où il ne serait plus? non certainement, puisqu'il avait gardé l'acte par devers lui, et s'était ainsi réservé le moyen de révoquer sa disposition quand il l'aurait voulu; puisque aussi il avait donné tout ce qu'il possédait, et qu'on ne fait pas ainsi une donation entre-vifs, sans vouloir se mettre à la discrétion du donataire, même pour les simples alimens, ce qui est invraisemblable; puisqu'enfin il n'avait fait l'acte que peu de jours avant sa mort, et n'avait même indiqué le lieu où se trouverait cet acte que peu d'heures avant son décès, sans même le remettre à la personne gratifiée.

Oui, sans doute, le testament est un acte par lequel on dispose pour le temps où l'on ne sera plus; mais il y a abus de confondre ainsi les effets du testament, tels qu'ils sont définis par la loi, avec les expressions dont s'est servi un disposant, pour en conclure, lorsqu'il aura parlé, au temps *présent*, des biens *qu'il possède*, qu'il n'a pas voulu disposer pour l'avenir. Si, au lieu de dire *je donne ce que je possède*, le sieur Hébert eût dit *je lègue ce que je possède*, ou *je donne et lègue ce que je possède*,

il eût également parlé au temps présent, il eût également disposé de ce qu'il possédait actuellement; or, bien certainement, la Cour de Caen n'eût pu se dispenser de voir dans cet acte un acte testamentaire. Donc, elle n'a pu décider autrement que parce que le disposant s'est servi des expressions *je donne*, dont le sens, plus étendu, s'applique aux diverses manières de disposer de ses biens à titre gratuit. Mais la valeur des expressions se détermine par le sens que l'auteur de l'acte y a attaché, puisqu'il n'y en a point de sacramentelles, bien loin de là (art. 967); et toutes les circonstances de l'affaire attestaient avec la dernière évidence que le sieur Hébert avait entendu ne donner que pour le temps où il n'existerait plus, ou, en d'autres termes, qu'il avait voulu faire et qu'il avait fait effectivement un testament olographe.

Il y aurait encore bien d'autres choses à dire contre l'esprit de cette décision, mais les observations ci-dessus suffisent. Nous ajouterons toutefois que les défendeurs en cassation, après avoir développé les motifs de l'arrêt attaqué, se sont retranchés dans ce système de défense, que la Cour royale, en décidant que l'acte du 31 août 1818 n'était pas un testament, avait souverainement apprécié la disposition de cet acte et l'intention qui avait présidé à sa rédaction. Cette considération seule a pu en effet déterminer le rejet du pourvoi, comme l'indique clairement l'arrêt de la Cour de cassation lui-même : « Attendu que la Cour royale

« de Caen *n'a vu* dans l'acte du 31 août 1818, dont « il s'agit, rien qui caractérise un testament olo- « graphe, et qu'en jugeant que cet acte n'est pas « valable comme testament, quoiqu'il ait été écrit, « daté et signé de la main de son auteur, cette Cour « n'a violé ni l'art. 970 du Code civil, ni la disposi- « tion d'aucune loi; rejette. « Du 5 février 1823.

44. Le testament olographe n'est en réalité qu'un acte sous seing privé, et par conséquent les héritiers à qui on l'oppose peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne connaissent pas l'écriture et la signature de leur auteur dans l'acte qu'on leur présente : alors la vérification en est ordonnée en justice (art. 1323 et 1324); et c'est à ceux qui invoquent le testament à prouver qu'il est l'ouvrage de celui à qui ils l'attribuent, du moins cela est à l'abri de toute controverse sérieuse dans le cas où les légataires n'ont pas encore été envoyés en possession. Nous allons, au surplus, discuter ces points. Et la vérification peut être faite, comme pour tout autre acte privé, tant par titres et par experts, que par témoins seulement, en cas d'insuffisance des autres genres de preuves, conformément à l'article 195 du Code de procédure, et suivant ce qu'a jugé la Cour de Toulouse, par arrêt du 1er mai 1817 (1).

(1) Sirey, 1823-2-16. *Voy.* aussi l'arrêt de la Cour d'Angers, du 5 juillet 1820. Sirey, même vol., part. 2, pag. 17.

Mais une fois l'écriture et la signature reconnues par les héritiers, ou tenues pour reconnues, l'acte fait la même foi que l'acte authentiqne (art. 1322), même en ce qui touche la date, encore que le testateur fût tombé depuis en démence et eût été interdit, sauf aux héritiers à s'inscrire en faux, ce qu'ils pourraient faire encore (art. 1319 et 1322 combinés), et sauf aussi à eux à attaquer le testament pour fait de fraude et de captation. Nous verrons bientôt par quelle voie ils pourraient l'attaquer pour cette cause.

45. Si le testament olographe avait été déposé chez un notaire par le testateur, qui lui a déclaré que l'acte était son testament, écrit en entier, daté et signé par lui, et qu'un acte de dépôt mis dans les minutes du notaire eût été dressé en conséquence, le testament en aurait en quelque sorte reçu le caractère d'authenticité (1), surtout si le notaire avait déclaré avoir vu le testateur apposer sa signature à l'acte. Tel était l'avis de Ricard : et tel est celui de M. Grenier; mais cette opinion n'est pas partagée unanimement, attendu, dit-on, que le notaire n'atteste *propriis sensibus*, que ce qui lui a été déclaré, et non le fait de testament comme ouvrage du testateur.

(1) *Voy.*, par argument, ce que nous disons au tom. III, en citant les arrêts des Cours de Caen et de cassation qui ont jugé, même en matière d'hypothèque, que le dépôt d'un acte chez un notaire par l'auteur de l'acte, donne en quelque sorte l'authenticité à cet acte, au moyen de celui de dépôt dressé en conséquence.

46. Notre première proposition, que le testament olographe est un acte privé, et, d'après cela, que les héritiers peuvent se contenter de déclarer qu'ils ne reconnaissent pas la signature de leur auteur dans l'acte qu'on leur présente, et que c'est à ceux qui invoquent le testament à en prouver la sincérité, cette proposition, disons-nous, a toutefois souffert quelques contradictions dans les premiers temps de la publication du Code. On prétendait, parce que l'art. 289 de la coutume de Paris réputait *solennel* le testament olographe, que ce testament est un acte authentique, et l'on voulait rejeter ainsi le fardeau de la preuve sur les héritiers; ce qui les eût obligés d'attaquer l'acte au moins par inscription de faux incident civil. On disait que la loi donnant aux citoyens le pouvoir de disposer de cette manière, et d'être les ministres par le moyen desquels s'exprime leur volonté, l'acte se trouvait assimilé aux actes reçus par officiers publics, et par conséquent aux actes authentiques. Enfin l'on ajoutait que le législateur avait si bien considéré sous ce point de vue le testament olographe, que dans le cas où il n'y a point d'héritiers à réserve, le légataire universel qui y est institué est saisi de la succession, et n'a besoin, pour entrer en jouissance des biens, que d'une simple ordonnance d'envoi en possession, émanée du président du tribunal (art. 1006, 1007 et 1008) (1).

---

(1) Ces motifs, surtout le dernier, sont ceux qui ont déterminé

Mais cette doctrine n'a point prévalu, et elle ne pouvait prévaloir; car d'abord elle n'avait pour base qu'une pétition de principe. En effet, pour pouvoir décider que celui qui a testé par testament olographe a fait un acte susceptible d'être assimilé à un acte authentique, qu'il a rempli à cet égard un *ministère légal* dans l'expression de ses volontés, il y a une première chose à établir, c'est de démontrer qu'il l'a fait, que c'est bien lui qui a fait l'acte; or, aucun officier public ne l'attestant, c'est nécessairement une chose à prouver par ceux qui invoquent ce même acte; et ce raisonnement, si simple et en même temps si vrai, répond péremptoirement à toutes les argumentations et conséquences tirées de ce que, suivant la coutume de Paris, le testament olographe était testament *solennel*, car il n'a jamais pour cela été regardé comme acte *notarié;* il n'a jamais été considéré comme acte vraiment authentique : seulement, reconnu ou tenu pour reconnu, il avait et il a encore, entre les parties et leurs héritiers ou ayant-cause, le même effet que l'acte authentique.

Quant à l'argument tiré de ce que, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à réserve, le légataire universel est saisi de plein droit de la succession, et n'a besoin,

---

la Cour de Caen, dans son arrêt du 4 avril 1812 (Sirey, 12-2-336), par lequel elle a décidé que *le testament olographe était rangé par le Code dans la classe des actes authentiques;* ce que nous ne croyons pas, ou bien il faut changer la définition que l'art. 1317 nous donne de cette espèce d'acte.

pour entrer en jouissance des biens, que d'une simple ordonnance du président du tribunal, on ne saurait rien dire de moins concluant; car, 1° la nature de l'acte ne saurait changer à raison de cette circonstance, tout-à-fait étrangère, qu'il y a ou qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve; 2° elle ne saurait changer non plus parce que le legs est universel, au lieu d'être seulement à titre universel ou à titre particulier, cas dans lesquels le légataire n'est jamais saisi et doit toujours demander la délivrance aux personnes indiquées dans l'art. 1011; 3° enfin le légataire universel lui-même institué par un simple testament olographe doit, précisément dans le cas où il n'y a pas d'héritiers à réserve, le seul cependant où il soit saisi, se faire envoyer en possession par ordonnance du président du tribunal (1008), formalité qu'il serait dispensé de remplir si le testament était par acte public; ce qui prouve bien que la loi a mis, sous ce rapport du moins, une différence entre l'un et l'autre mode de tester. Aussi convient-on généralement aujourd'hui, et ce point a été jugé maintes fois (1), que les héritiers, quels qu'ils soient, à qui la délivrance des biens légués est demandée, peuvent d'abord se contenter de déclarer qu'ils ne reconnaissent pas,

(1) *Voy.* notamment les arrêts de la Cour de Paris, du 11 août 1809 (Sirey, 10-2-139); de la Cour de Bruxelles, du 21 juin 1810 (Sirey, 11-2-49); de la Cour de Turin, du 18 août 1811 (Sirey, 11-2-149); de la Cour de Colmar, du 12 juillet 1807 (Dalloz, 10e livraison, pag. 660).

dans l'acte qui leur est présenté, l'écriture et la signature de leur auteur, et que c'est aux légataires à faire ordonner la vérification en justice, et à prouver la sincérité du testament.

Mais si l'écriture est reconnue être celle du défunt, comme l'acte alors a la même force que l'acte authentique (art. 1322), les héritiers n'en peuvent refuser l'exécution, sauf à eux, s'ils croient l'acte faux, à procéder par voie de plainte en faux principal ou par inscription de faux incident, dont les effets, en ce qui concerne l'exécution de l'acte, sont déterminés par l'art. 1319 du Code civil, et par les dispositions du Code de procédure, au titre *du faux incident civil.*

On tient même que, si les héritiers, au lieu de se borner d'abord à déclarer qu'ils ne reconnaissent pas, dans l'acte, l'écriture et la signature de leur auteur, arguaient cet acte de faux, ils devraient alors, pour en refuser l'exécution, prendre la voie de la plainte en faux, ou celle de faux incident, suivant les cas, attendu qu'en prétendant l'acte faux ils deviendraient demandeurs, et par conséquent qu'ils devraient prouver leur prétention d'après les règles établies pour en justifier.

Nous devons au surplus faire observer que, nonobstant l'évidence du fait, qu'un testament olographe est un acte privé, plusieurs arrêts ont jugé que, dans le cas d'un legs universel, et lorsque le légataire avait été envoyé en possession par le président du tribunal, en vertu des art. 1006,

1007 et 1008, parce qu'il n'y avait pas d'héritiers à réserve, c'était aux héritiers du sang à demander la vérification, et à prouver que le testament n'était pas l'ouvrage de leur auteur. La jurisprudence offre sur ce point des monumens pour et contre, ainsi qu'on peut le voir dans le *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 657 et suivantes.

Les auteurs n'ont pas non plus une doctrine uniforme sur ce point. MM. Merlin (*Répert.*, tom. XVII, pag. 778), et Delvincourt invoquent pour ce cas, comme pour les autres, l'application des principes généraux sur l'effet des actes privés, en rejetant par conséquent le fardeau de la preuve sur les légataires, quoique ceux-ci, mis en possession, ne demandent plus rien. MM. Grenier (tom. Ier, no 292-4o), et Toullier (tom. V, no 503), veulent, au contraire, que ce soit aux héritiers légitimes à prouver contre le testament, parce qu'ils sont alors demandeurs, les légataires ayant la saisine en vertu d'un titre qui pouvait la leur conférer. Nous nous rangeons à ce dernier avis; mais les héritiers du sang peuvent former opposition à ce qu'il y ait envoi en possession, pour obliger le légataire universel à prouver la sincérité du testament; et leur opposition doit arrêter l'envoi tant qu'elle n'est pas jugée. L'art. 1008 n'a pu vouloir raisonnablement statuer que sur le cas où le testament olographe ne serait point méconnu par les héritiers; la formalité du dépôt a précisément pour objet de les avertir, et de conserver les droits de tous.

47. Nous avons dit que le testament olographe dont l'écriture et la signature sont reconnues par les héritiers du testateur, ou tenues pour reconnues, fait foi de sa date, quoique ce dernier fût tombé depuis en démence, et fût mort en cet état. C'est un point aussi qui a été jugé maintes fois en ce sens, comme on l'a vu au tome précédent, n° 166, et au tome III, n° 773.

En effet, prétendre, ainsi qu'on l'a fait quelquefois, que le testament olographe d'un homme qui meurt en état de démence est censé fait au moment de sa mort, c'est une violation de tous les principes de raison et de droit; c'est d'abord supposer la fraude de la part des tiers, et la fraude ne se présume pas (art. 1116); c'est supposer, en outre, dans l'insensé, une docilité et une sorte d'aptitude, pour écrire avec suite et clarté des dispositions qu'on lui aurait dictées, qui peut sans doute se rencontrer dans certains cas, mais dans des cas qui seront assurément bien rares.

Au reste, nous admettons que les héritiers peuvent attaquer le testament, mais ils ne le peuvent qu'en offrant de prouver des faits de fraude; et il faut encore pour cela que les faits allégués soient pertinens et graves; qu'ils tendent à établir que le testament a été fait pendant la démence, et qu'on l'a fait antidater par l'insensé. Avec ces conditions, la preuve testimoniale peut même être admise, selon nous, quoiqu'elle ne fût étayée d'aucun commencement de preuve par écrit. Il n'y a pas nécessité

de prendre la voie de l'inscription de faux; nous dirons mieux, il n'y a régulièrement pas d'inscription de faux possible en pareil cas, puisque l'acte émane bien du testateur, et qu'il y a seulement fraude de la part de ceux qui ont poussé celui-ci a l'antidater; or, toute fraude commise dans un acte n'est pas un faux, surtout quand elle n'est l'ouvrage que d'un individu qui ne figure point dans l'acte comme partie. Il y a fausse date, il est vrai, mais cette fausse date n'est pas un faux qualifié tel par les lois, personne ne pourrait être poursuivi comme faussaire pour un pareil fait; c'est une fraude, et voilà tout, et une fraude à laquelle le testateur lui-même n'a point participé, dont il n'a été que l'instrument passif. D'ailleurs, dans le cas même d'un testament par acte public, les faits de fraude et de captation commis en dehors de l'acte se prouveraient fort bien par témoins, si ces faits paraissaiet aux juges assez graves pour les déterminer à admettre la preuve.

La Cour de Caen, sans s'expliquer toutefois positivement sur cette théorie, a décidé, comme nous, par son arrêt du 8 avril 1824 (1), que les héritiers pouvaient prouver par témoins que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment où il avait testé, et que son testament contenait une fausse date.

Il paraîtrait toutefois, par un des considérans de l'arrêt de rejet rendu dans l'affaire du testament

---

(1) *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 648.

de M. de Courbeton, entre M. le marquis de Vérac et la dame de Villers, le 29 avril 1814, que, selon la Cour de cassation, le testateur, dans le testament olographe, « imprimerait *l'authenticité* à la date de « son testament, parce que la loi lui a donné le pou- « voir de tester en cette forme. » D'où il semblerait résulter que, dès que la signature est reconnue ou vérifiée, l'acte ne pourrait être combattu que par incription de faux.

Mais il n'en saurait être ainsi; la Cour de cassation elle-même a jugé plusieurs fois (1) que, bien que l'art. 289 de la coutume de Paris réputât *solennel* le testament olographe, cet acte n'était cependant pas pour cela un acte notarié, ce qui est assez dire que ce n'est point un acte authentique. L'acte authentique, en effet, est celui qui a été reçu par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte est rédigé, et avec les solennités requises (art. 1317). Or, de ce que la loi reconnaît aux citoyens le droit de tester par acte sous signature privée, il n'en faut pas conclure qu'elle reconnaît en eux des *officiers publics*; elle leur donne aussi le droit de disposer en cette forme de leurs biens par des ventes, des échanges, des transactions, et personne ne s'est avisé de dire qu'ils sont officiers publics à l'égard des actes sous-seing privé qu'ils font pour constater ces conventions et dispositions. Il ne faut pas outrer les fictions.

---

(1) Elle l'a jugé notamment par son arrêt du 11 juin 1810.

48. La demande à fin de preuve par témoins de la perte, soustraction ou destruction d'un testament, pour conclure *contre les héritiers* au paiement des legs que l'on prétendrait avoir été contenus dans ce testament, ne doit pas être accueillie, du moins en thèse générale. Car cette preuve serait fort dangereuse ; elle n'établirait que d'une manière trés-incertaine les dispositions prétendues, leur nature, leur quotité, les conditions dont elles dépendaient, et elle serait impuissante pour démontrer que toutes les formalités voulues par la loi pour la validité du testament ont été remplies.

Mais quand ce sont ceux qui devaient profiter de la destruction du testament qui l'ont fait disparaître, alors la preuve de ce fait doit être reçue, même par témoins ; et les tribunaux jugeront, d'après les circonstances et les diverses preuves faites à cet égard, en quoi pouvaient consister les dispositions. Ils prononceront par forme de dommages-intérêts, en vertu de l'article 1382.

Il suit de ces deux propositions que si, parmi ceux qui devaient profiter de la destruction du testament, les uns l'ont détruit ou fait détruire, tandis que les autres sont restés étrangers au fait de destruction, ceux-là seuls qui se sont rendus coupables du délit, ou qui ont fait périr le testament par leur faute, seront responsables envers les légataires, sans qu'ils puissent prétendre à aucune indemnité de leurs cohéritiers, à raison de l'avan-

tage que ceux-ci retireraient de la destruction ou perte du testament.

Et par la même raison, si c'est un tiers qui est cause de la perte de l'acte, il pourra être condamné envers les légataires aux dommages-intérêts, dont le montant sera également déterminé suivant les circonstances et les preuves faites par ceux-ci, et sans aucun recours contre les héritiers ou autres à qui cette perte pourrait être profitable.

Ces décisions s'appliquent aux diverses espèces de testamens, et le tout sans préjudice des peines portées par les lois criminelles contre ceux qui par fraude détruisent des actes publics ou privés.

SECTION II.

Des testamens par acte public.

SOMMAIRE.

§ Ier.

Dispositions générales sur les testamens par acte public.

49. *Les formalités du testament par acte public ont donné lieu à de graves difficultés, à cause du rapprochement de la loi du 25 ventôse an* XI *avec le Code.*

50. *Les notaires qui reçoivent le testament doivent être capables et compétens, à peine de nullité.*

51. *Si le notaire incapable était encore publiquement reconnu pour capable, le testament par lui reçu serait valable : Exemple.*

52. *Les notaires ne peuvent être parens ou alliés du testateur, ou d'un légataire, ou entr'eux, aux degrés déterminés par la loi de ventôse, à peine de nullité.*

53. *La date est une formalité essentielle du testament, quoique le Code n'en parle pas.*

54. *Des surcharges mises à la date.*

55. *La mention du lieu où le testament est passé est prescrite aussi à peine de nullité.*

56. *L'énonciation des noms et des lieux de résidence des notaires qui reçoivent le testament n'est commandée que sous peine d'amende.*

57. *Celle des noms et des demeures des témoins est prescrite à peine de nullité.*

58. *Texte des art.* 13, 15 *et* 16 *de la loi du* 25 *ventôse an* XI.

59. *En quel sens* l'unité de contexte *est-elle exigée par cette loi pour les testamens par acte public; et en quel sens l'est-elle par l'art.* 976 *du Code pour les testamens mystiques?*

60. *L'énonciation de la qualité du notaire est-elle requise à peine de nullité? Distinction.*

61. *Le testament ne peut être reçu en brevet, et le notaire n'en peut remettre la minute même au testateur. Avis du conseil d'état.*

62. *Mais le notaire doit en délivrer expédition au testateur qui la lui demande, quoique le testament ne soit pas encore enregistré.*

63. *Il doit l'être dans les trois mois à partir du décès, à peine d'amende contre le notaire.*

64. *Les testamens, comme les autres actes, doivent être portés sur le répertoire du notaire, à leur date.*

65. *Enonciation générale des formalités spécialement exigées par le Code pour les testamens par acte public.*

§ II.

De la réception du testament par les notaires ou par le notaire, en présence des témoins.

66. *Le testament est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins.*

67. *Il n'est pas de rigueur de mentionner spécialement que les témoins ont assisté à la* dictée, *mais il est de rigueur de*

mentionner leur présence à la réception et à la lecture du testament.

68. *La circonstance que le testateur serait aveugle n'exige pas un témoin de plus, sous le Code.*

§ III.

De la dictée du testament par le testateur aux notaires, ou au notaire quand il n'y en a qu'un seul.

69. *Point de testament par signes : d'où il suit que le muet ne peut tester par acte public; il faut que le testament soit* dicté *aux notaires, et par le testateur, à peine de nullité.*

70. *La mention de la dictée par le testateur est de rigueur, mais non celle de la* dictée aux notaires. *Explication.*

71. *L'expression* dictée *n'est point sacramentelle; elle peut être rendue par des équipollences. Divers exemples.*

72. *On ne peut combattre que par l'inscription de faux le testament sur le seul prétexte que le testateur ne pouvait parler.*

§ IV.

De l'écriture par l'un des notaires, ou par le notaire.

73. *Le testament ne peut être écrit que par l'un des notaires ou par le notaire, et non par un clerc du notaire, ni même par le testateur. La mention de cette formalité est de rigueur.*

74. *Mais elle n'est point sacramentelle; elle peut résulter d'une énonciation claire. Divers exemples.*

75. *Elle peut se trouver dans une partie quelconque du testament, pourvu que ce soit avant les signatures.*

§ V.

Que le testament soit écrit tel qu'il a été dicté.

76. *Le notaire ne peut rien changer à la substance des disposi-*

tions qui lui sont dictées, ni y ajouter ou y retrancher quelque chose.

77. *Mais il peut mettre en bon français les phrases incorrectes.*

78. *Le testament doit toujours être rédigé en français, quand même le testateur ne parlerait point cette langue : alors il en est fait une traduction en marge de la minute dans l'idiome du testateur, et il lui en est donné lecture.*

79. *Cela s'applique aux testamens reçus dans les localités où la langue française n'est pas populaire, mais tous les témoins doivent entendre la langue française et l'idiome du testateur.*

80. *Le testateur ne peut se servir d'un truchement ; il faut que ce soit lui-même qui* dicte *ses dispositions au notaire.*

81. *Le testament ne serait pas moins bon quoiqu'il eût été rédigé à la troisième personne.*

82. *Il n'est pas de rigueur que le notaire mentionne en propres termes qu'il a écrit le testament* tel *que le testateur le lui a dicté.*

§ VI.

De la lecture au testateur, en présence des témoins.

83. *Lecture du testament doit être donnée par le notaire au testateur, en présence des témoins.*

84. *La preuve que le testateur était privé de la faculté d'entendre la lecture de l'acte peut se faire par d'autres voies que l'inscription de faux, à la différence de celle que le testateur ne pouvait parler.*

85. *La seule mention de la lecture au testateur* et aux *témoins ne remplit pas le vœu de la loi. Diverses décisions rendues en ce sens.*

§ VII.

De la mention de l'observation de toutes les formalités précédentes.

86. *Enumération des mentions spécialement exigées à peine de nullité.*

87. *Enumération de celles qui ne sont pas absolument de rigueur, parce qu'elles se trouvent implicitement renfermées dans les précédentes.*

88. *Régulièrement, chaque mention doit être faite avec l'énonciation de la formalité qu'elle a pour but de certifier; mais cet ordre n'est pas toujours de rigueur.*

§ VIII.

De la signature du testateur, des témoins et des notaires, et des mentions à ce sujet.

89. *La signature du testateur doit, en général, être de son nom de famille, tel qu'il est porté dans son acte de naissance, comme dans les testamens olographes.*

90. *La disposition de l'art. 13 de la loi de ventôse an* XI *est applicable aux testamens.*

91. *Suite et développemens.*

92. *Le testament doit être signé par le testateur, ou il doit être fait mention de la cause qui l'empêche de signer; il doit être fait aussi mention de sa signature, ainsi que de celle des témoins; mais celle de la signature des notaires n'est pas exigée.*

93. *Suite et développemens.*

94. *La déclaration du testateur* de ne savoir signer *suffit pleinement.*

95. *Mais celle* qu'il ne sait écrire *ne suffit pas.*

96. *La mention que le testateur a signé le testament, et la déclaration faite ensuite par le notaire qu'il n'a pu le faire, attendu une faiblesse survenue, n'emportent point contradiction.*

97. *Lorsque le testateur n'a pu signer qu'imparfaitement, à cause de la maladie ou d'une faiblesse survenue, et que le notaire a fait mention de cette circonstance, le vœu de la loi est rempli.*

98. *Si la mort surprend le testateur, même après avoir signé,*

mais avant le complément de l'acte par toutes les autres signatures, il n'y a pas de testament.

99. *Si le testateur savait signer, sa déclaration* de ne le savoir *n'empêcherait pas que le testament ne fût annulé, sur la preuve qu'il savait signer.*

100. *La mention de la signature du testateur, ou celle qu'il ne sait ou ne peut signer, ainsi que de la cause qui l'en empêche, doit être placée après toutes les autres mentions et après toute disposition quelconque, à peine de nullité.*

101. *Régulièrement, les diverses mentions doivent être placées dans la bouche du notaire, mais le Code ne le prescrit pas à peine de nullité.*

§ IX.

De la signature des témoins.

102. *Le testament doit être signé par tous les témoins; néanmoins dans les campagnes il suffit que la moitié des témoins signent; ce qu'on doit entendre par* campagnes.

103. *La mention que tel ou tel des témoins n'a pas signé est exigée à peine de nullité; mais celle de la cause qui l'a empêché de le faire, ne l'est pas.*

§ X.

Des qualités que doivent avoir les témoins.

104. *Les témoins appelés aux testamens, soit par acte public, soit mystiques, doivent être mâles, majeurs, sujets du roi, avoir l'exercice des droits civils, et n'être ni sourds, ni aveugles, ni muets ne sachant point écrire.*

105. *L'étranger simplement admis à résider en France, conformément à l'art. 13 du Code, ne peut être témoin au testament.*

106. *Il ne suffit pas de jouir des droits civils pour être témoin au testament, il faut aussi en avoir* l'exercice. *Conséquence.*

107. *Les condamnés à des peines infamantes ne peuvent jamais être témoins, à moins qu'ils n'aient été réhabilités.*

108. *L'individu placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire peut être témoin.*

109. *Le testament ne serait pas nul par suite de l'incapacité d'un témoin, si, lors de la confection de l'acte, ce témoin était généralement regardé dans le pays comme étant pourvu de la qualité qui lui manquait.*

110. *Il n'est pas de rigueur que les témoins aient la qualité de* citoyens, *pourvu qu'ils aient d'ailleurs celles exigées par l'art.* 980 *du Code.*

111. *Ainsi l'individu en état de domesticité peut être témoin aux testamens.*

112. *Il n'est pas nécessaire non plus qu'ils soient domiciliés dans l'arrondissement communal du lieu où le testament a été reçu, mais il faut que leur demeure soit mentionnée dans l'acte.*

113. *Les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs parens ou alliés au quatrième degré inclusivement, ni les clercs des notaires par qui le testament est reçu, ne peuvent y figurer comme témoins.*

114. *Il en est de même des conjoints des légataires.*

115. *Et des serviteurs des légataires ou des notaires, ainsi que des parens ou alliés, soit de ces derniers, soit des légataires, aux degrés déterminés par la loi de ventôse. Controversé.*

116. *Les parens, alliés, ou serviteurs du testateur peuvent être témoins.*

117. *Les témoins peuvent être parens entr'eux aux degrés auxquels les notaires ne pourraient recevoir le testament.*

118. *Ceux qui, sans être légataires directs, reçoivent néanmoins un avantage des dispositions du testament, en exécution d'une condition ou charge imposée à un légataire, ne peuvent être témoins à l'acte, ni leurs parens ou alliés jusqu'au quatrième degré.*

119. *La modicité du legs ne lève pas l'incapacité du légataire d'être témoin au testament.*

120. *Le testament dans lequel serait témoin un des légataires, ou un de ses parens au degré prohibé, tomberait dans son entier; il n'y aurait pas que ce legs seulement d'annulé.*

121. *Si, outre le témoin incapable, il y en avait encore un nombre suffisant de capables, le testament serait bon.*

122. *Les notaires peuvent être passibles de dommages-intérêts à raison de l'annulation du testament lorsqu'il y a eu faute grave de leur part; c'est un point laissé à la sagesse des tribunaux.*

§ Ier.

Dispositions générales sur la forme du testament par acte public.

49. Dans les premiers temps de la publication du Code, il s'est élevé de nombreuses et de graves difficultés sur les formalités prescrites pour la validité des testamens par acte public, et elles sont loin assurément d'être toutes aplanies.

Les uns ont prétendu que le Code ayant tracé, même avec détail, les formes du testament par acte public, la loi du 25 ventôse an XI, sur le notariat, n'était point applicable a cette sorte d'acte; tandis que d'autres soutenaient, au contraire, que cette loi lui était toujours applicable, même dans les points sur lesquels statue le Code.

L'un et l'autre système s'écartait du véritable esprit de la loi dans l'ensemble de ses dispositions; le premier surtout ne pouvait soutenir le plus léger examen.

Comment, en effet, supposer qu'en traçant les

règles du testament par acte public, les rédacteurs du Code aient entendu l'affranchir des formes et conditions communes aux actes reçus par officiers publics, comme la date de l'acte, la compétence du notaire, la signature de celui-ci, la condition exigée par la loi de ventôse qu'il ne serait ni parent ni allié du testateur au degré fixé par cette loi, etc. etc.? Ce silence du Code indique clairement, au contraire, qu'on a voulu s'en référer à la loi générale pour toutes ces formes et conditions. Dans un testament par acte public il y a deux choses à considerer : l'acte public, pour lequel les formes prescrites par la loi générale du 25 ventôse an XI doivent être toutes observées; et l'expression des dispositions du testateur ainsi que la manière de les certifier, choses régies par le Code civil, qui a établi à cet égard des règles spéciales, qui doivent aussi être toutes observées, et toujours à peine de nullité. D'où nous tirons cette double conséquence :

1° Que l'inobservation, dans le testament par acte public, des formalités prescrites à peine de nullité par la loi de ventôse an XI, ainsi que la violation des prohibitions portées par cette loi sous la même peine, entraînent pareillement la nullité du testament, à moins que le Code n'ait modifié cette loi relativement à l'espèce de formalité à raison de laquelle on critiquerait l'acte.

2° Que l'inobservation de telle ou telle des formalités établies par le Code pour cette sorte d'acte en entraîne également la nullité, quoique la loi sur

le *notariat* n'eût point prescrit cette formalité, ou n'eût point attaché la peine de nullité à son omission.

Mais ce n'est que par l'explication successive des formalités prescrites pour les testamens, que nous démontrerons clairement cette double proposition, qui ne peut au surplus souffrir que de bien légères restrictions.

50. Ainsi, les notaires qui reçoivent le testament doivent être *compétens*, c'est-à-dire que le lieu où ils le reçoivent doit être compris dans le ressort de leur immatricule, sinon le testament serait nul (articles 1317, Cod. civil, et 6 et 68 de la loi de ventôse an XI).

Il en serait de même si les notaires, ou l'un d'eux, étaient incapables : par exemple, s'ils se trouvaient suspendus de leurs fonctions, interdits, destitués ou remplacés au moment où ils recevraient le testament (même art. 1317, 52 et 68 de la loi de ventôse).

51. Mais si la notification de la suspension, interdiction ou destitution n'avait pas encore eu lieu, le testament, comme les autres actes reçus par le notaire suspendu, interdit ou destitué, serait valable, d'après l'effet de la maxime *error communis facit jus*, que l'on a déduite de la célèbre loi *Barbarius Philippus*, 3 *ff. de officio prætorum.* C'est en conformité de cette doctrine, que la Cour de cassation a

jugé, le 25 novembre 1813 (1), que les actes faits ou signifiés par un huissier interdit de ses fonctions, avant la signification du jugement d'interdiction, étaient valables et authentiques.

52. Ni l'un ni l'autre des notaires par qui le testament est reçu ne doit être parent ou allié du testateur, à tout degré quelconque en ligne directe, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement. (Art. 8 de la loi de ventôse.)

Ils ne peuvent pas l'être davantage, aux mêmes degrés, des légataires ou de l'un d'eux : cet art. 8 leur défend, non-seulement de recevoir les actes dans lesquels leurs parens ou alliés à ces degrés seraient parties, mais encore ceux qui contiendraient quelque disposition en faveur de ces parens ou alliés (2).

Enfin ils ne peuvent être parens ou alliés entre eux aux mêmes degrés, (Art. 10.)

Ces prohibitions sont portées sous peine de nullité (art. 68) ; et dans le cas où l'un des deux notaires serait parent ou allié de l'un des légataires, à l'un des degrés ci-dessus, il n'y aurait pas seulement d'annulé le legs fait à ce légataire, le testament serait nul dans son ensemble.

Il y aurait également nullité du testament dans le cas même où ce ne serait point un legs direct

---

(1) Sirey, 1814-1-76.

(2) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Douai, du 17 mars 1815. Sirey, 1816-2-176.

qui serait fait au parent ou allié du notaire, mais bien seulement une charge qui serait imposée, à son profit, à l'un des légataires, même conditionnellement : par exemple, s'il était dit : *Je lègue à Paul ma terre de Picardie, à la charge de faire une rente de mille francs à Elisabeth*, ou bien, *s'il fait une rente de mille francs à Elisabeth*; car, quoique Élisabeth ne reçût pas de moi directement la rente, néanmoins elle la recevrait ou pourrait la recevoir par l'effet de ma volonté ; en sorte qu'il serait vrai de dire qu'il y avait dans le testament une disposition en sa faveur, ce qui empêchait que son parent ou allié pût recevoir, comme notaire, l'acte qui la renfermait.

53. Puisque, en principe, les testamens par acte public sont soumis aux formalités établies par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés en général, il faut en conclure que la date est une formalité essentielle, que rien ne saurait suppléer : elle seule peut donner les moyens de juger si le testateur était ou non capable au moment où il testait, et elle est indispensable pour connaître, dans le cas où il existerait plusieurs testamens, dont l'un dérogerait aux autres, quel est celui qui doit être exécuté de préférence. Si la date est impérieusement exigée dans les testamens olographes, à peine de nullité (art. 970 et 1001 combinés), on ne concevrait pas comment il pourrait en être autrement dans les testamens par acte public.

A la vérité, l'art. 68 de la loi de ventôse qui prononce la nullité de l'acte fait en contravention aux dispositions contenues dans les articles. . . . , s'il n'est pas revêtu de la signature de toutes les parties, ne comprend pas au nombre de ces articles, l'art. 12, qui prescrit, par sa deuxième disposition, d'énoncer dans les actes, *l'année et le jour où ils sont passés, sous les peines prononcées par l'art.* 68 *ci-après, et même de faux si le cas y échoit;* mais la nullité est par cela même prononcée par cet article 12, puisque les peines établies par l'article 68 sont la nullité de l'acte comme acte authentique, et les dommages-intérêts, s'il y a lieu, contre le notaire contrevenant. Car la modification apportée par cet article 68, et qui consiste à considérer l'acte comme écriture privée, s'il est revêtu de la signature de toutes les parties, n'a aucune application aux testamens, attendu qu'ils ne peuvent valoir comme écriture privée lorsqu'ils ne réunissent pas toutes les conditions des testamens olographes ou mystiques (1), ce qui n'a pas lieu dans ce cas.

54. Quant aux surcharges que présenterait la date, elles n'entraîneraient pas la nullité dans tous les cas; par exemple, elles ne l'entraîneraient point si elles laissaient facilement lire une véritable date, si elles ne portaient que sur des lettres insigni-

---

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Turin, du 14 mars 1807, dans le *Recueil* de Dalloz, 10ᵉ livraison, pag. 680.

fiantes, s'il était évident que la date était erronée, et que le notaire l'a retouchée de suite pour corriger son erreur : à ces cas ne s'appliquerait point l'art. 16 de la même loi, qui prononce la nullité des mots surchargés, ce qui laisserait par conséquent le testament sans date effective, et en entraînerait la nullité. Mais quant aux dates irrégulièrement mises, et ainsi laissées dans l'acte, en général elles annuleraient le testament, à moins que la raison ne forçât de suppléer un mot qui manquerait à la date ; et à cet égard l'on doit suivre les principes que nous avons développés en parlant des testamens olographes : les raisons sont les mêmes pour l'un et l'autre testament.

55. La mention du lieu où l'acte est passé est prescrite aussi par l'art. 12 précité, sous les mêmes peines que celle de l'année et du jour ; en conséquence elle ne saurait être omise sans entraîner la nullité du testament, tandis qu'elle n'est point exigée dans les testamens olographes. Mais elle est suffisamment exprimée par l'indication de la ville ou de la commune où le testament est fait ; il n'est pas de rigueur de mentionner spécialement aussi la rue ou le territoire de la commune et la maison, ainsi que l'exigeait l'ordonnance de Blois : ni la loi de ventôse ni le Code ne prescrivent rien de semblable (1).

(1) Arrêt de la Cour de Pau, et ensuite de rejet, du 23 novembre 1825. Sirey, 26-1-157.

56. L'énonciation du nom et du lieu de résidence du notaire qui reçoit le testament est commandée par la première partie de cet art. 12 pour tous les actes en général, mais elle ne l'est pas sous peine de nullité; cet article prononce seulement une amende de cent francs contre le notaire contrevenant, et le Code civil garde le silence à cet égard. Or, l'on ne saurait sans arbitraire, et par conséquent sans injustice, ajouter une autre peine à celle que le législateur a cru suffisante. S'il eût jugé cette contravention aussi grave que celle qu'il prévoit dans la seconde partie du même article, il aurait également prononcé la nullité de l'acte, ce qu'il n'a point fait.

57. Ce même art. 12 exige, dans sa seconde partie, et sous les peines portées par l'art. 68, c'est-à-dire sous peine de nullité de l'acte comme acte authentique, et par conséquent comme testament, l'énonciation des noms des témoins instrumentaires, ainsi que leur demeure; en sorte que ces énonciations doivent se trouver dans l'acte, à peine de nullité, ainsi que l'a jugé la Cour Suprême par arrêt de cassation, le 1er octobre 1810 (1). Il faut, en effet, que l'on puisse vérifier si les témoins avaient les qualités voulues par la loi, et pour cela il faut que leur domicile soit mentionné dans l'acte.

Plus loin, en parlant des qualités que doivent

(1) Sirey, 1811-1-21.

avoir les témoins, nous verrons s'il est de rigueur que ceux qui figurent aux testamens soient *citoyens* français et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est reçu, ainsi que le veut l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés en général.

58. Les dispositions des articles 13, 15 et 16 de la loi de ventôse doivent pareillement être observées dans la rédaction du testament par acte public: ces articles sont ainsi conçus :

Art. 13. « Les actes de notaires seront écrits en « un seul et même contexte, lisiblement, sans abré- « viation, blanc, ni lacune, ni intervalle; ils con- « tiendront les noms, prénoms, qualités et de- « meures des parties, ainsi que des témoins qui « seraient appelés dans le cas de l'article 11; ils « énonceront en toutes lettres les sommes et les « dates; les procurations des contractans seront « annexées à la minute, qui fera mention que lec- « ture de l'acte a été faite aux parties : le tout à « peine de cent francs d'amende contre le notaire « contrevenant. »

Le défaut de mention de lecture du testament au testateur en présence des témoins, entraîne même la nullité d'après le Code, ainsi qu'on le verra bientôt; l'omission du nom du testateur et des témoins l'entraînerait également. Mais l'inobservation des autres formalités prescrites par cet article n'entraînerait généralement pas la nullité du testament,

Art. 15. « Les renvois et apostilles ne pourront, « sauf l'exception ci-après, être écrits qu'en marge; « ils seront signés et paraphés tant par les notaires « que par les autres signataires, à peine de nullité « des renvois et apostilles. Si la longueur du ren- « voi exige qu'il soit transporté à la fin de l'acte, « il devra être non-seulement signé ou paraphé « comme les renvois écrits en marge, mais encore « expressément approuvé par les parties, à peine « de nullité du renvoi. »

Art. 16. « Il n'y aura ni surcharge, ni interligne, « ni addition dans le corps de l'acte ; et les mots « surchargés , interlignés ou ajoutés seront nuls. « Les mots qui devront être rayés le seront de ma- « nière que le nombre puisse en être constaté à la « marge de leur page correspondante, ou à la fin « de l'acte, et approuvés de la même manière que « les renvois écrits en marge; le tout à peine d'une « amende de cinquante francs contre le notaire, « ainsi que de tous dommages-intérêts, même de « destitution en cas de fraude. »

59. L'unité de contexte exigée par l'art. 13 précité s'entend en ce sens , que l'acte testamentaire ne doit présenter ni blanc, ni lacune, ni intervalle : c'est l'unité de contexte quant *à la forme*. L'article prononçant, au reste, une amende contre le notaire, il n'y aurait pas lieu d'annuler le testament pour violation de ces dispositions. Aussi, pensons-nous, avec Ricard, qui le décide positivement à l'é-

gard même d'une donation entre-vifs faite dans un testament (1), que cet acte peut en renfermer un autre d'une autre nature, surtout si. ce dernier avait quelque rapport à l'exécution des volontés du défunt, ou au recouvrement ou à la conservation de quelque chose à lui appartenant.

Dans l'art. 976 du Code civil, l'unité de contexte, relativement à l'acte de suscription du testament mystique, comprend en outre l'unité *de temps*, et la prohibition de faire aucun autre acte avant que celui de suscription ne soit terminé, à peine de nullité de ce dernier. « *Tout ce que dessus* « *sera fait de suite et sans divertir à autres actes.* » C'est l'unité de contexte voulue par les lois romaines (2).

Mais l'unité de contexte sous ce dernier point de vue n'étant point prescrite pour les testamens par acte public, ni par la loi de ventôse, ni par le Code

---

(1) *Des donations*, part. 3, n° 107. « Je ne fais pas de difficulté, « dit-il, qu'en général il ne puisse être mêlé dans un testament une « autre espèce de contrat, laquelle étant accomplie dans sa forme, « ne suivra point la nature du testament, mais celle qui lui est pro- « pre; comme si un testateur, en faisant son testament, y mêle une « clause qui emporte une donation entre-vifs, et qui en ait toutes les « qualités et les solennités nécessaires: je dis que cet acte, à l'égard « de cette clause, demeure irrévocable, parce qu'elle contient en soi « un acte séparé, et qui, pour être engagé dans le corps d'un autre, « n'en emporte point la nullité. »

(2) *Uno contextu actus testari oportet : est autem* UNO CONTEXTU, *nullum actum alienum testamento intermiscere. Quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitiatur.* L. 21, § 3, ff. *qui testam. facere poss.*

civil, on ne pourrait annuler celui dans lequel on prétendrait qu'elle n'a point été observée. Par exemple on ne devrait point annuler un testament sur le prétexte qu'il n'a pas été fait de suite, qu'il y a eu dans la rédaction une suspension qui n'était point nécessitée par l'état du testateur, et qui a cependant été assez longue pour qu'on dût regarder l'acte comme fait en deux fois, *putà* ayant été commencé le matin et achevé le soir, parce qu'un des témoins a été forcé de s'absenter, ou pour d'autres causes. La preuve de ces faits ne devrait même pas être admise, attendu qu'elle n'aurait aucun résultat sur le sort du testament. Et il en serait ainsi de l'allégation, de la preuve même que le notaire a fait un autre acte après avoir commencé le testament, et avant de l'avoir achevé ; qu'il a ainsi *diverti à autres actes*, ce qui serait incontestablement une cause de nullité de l'acte de suscription d'un testament mystique.

Les notaires doivent toutefois s'efforcer d'observer l'unité de contexte aussi bien sous ce rapport que sous tout autre ; mais il n'y a point de nullité prononcée par la loi ; il y a seulement une amende portée contre le notaire, pour violation des prescriptions contenues dans l'art. 15 précité.

60. Le Code civil et la loi sur le notariat gardent le silence sur l'énonciation de la qualité du notaire, ce qui a fait naître la question de savoir si le défaut de cette énonciation entraînerait la nullité du testa-

ment. On a demandé aussi si cette énonciation ne pourrait pas être remplacée par des termes qui indiqueraient que c'est bien un notaire qui a reçu l'acte, comme ceux-ci : *par devant nous*, *tel*, *résidant à...*, ou *de résidence à tel endroit?*

On convient généralement que le défaut d'énonciation de la qualité du notaire, sans aucune indication propre à la remplacer, entraînerait la nullité du testament, quoique l'acte fût signé par le notaire (ce qu'il faut bien supposer pour qu'il puisse même y avoir lieu à la question); mais les opinions sont partagées sur le cas où le notaire qui a omis d'énoncer sa qualité, a toutefois indiqué, par les expressions dont il s'est servi dans le préambule de l'acte, qu'il recevait cet acte comme officier public, en disant, par exemple, *par-devant nous*, *tel*, *résidant à...*, ou *de résidence à...* M. Toullier tient pour la validité du testament, et M. Merlin (1) pour l'opinion contraire.

Nous pensons que le testament n'est pas nul par cela seul que le notaire n'a pas formellement exprimé sa qualité, quand d'ailleurs il y a des expressions équipollentes ; pas plus qu'il ne le serait pour simple omission du lieu de la résidence du notaire (2). La loi n'ayant point prescrit ces indications sous peine de nullité, il n'y a pas lieu à la

---

(1) *Répertoire*, v° *testament*, sect. 2, § 2, art. 3, et tom. XVII, pag. 688.

(2) Cette dernière omission est punie, par l'art. 12 de la loi de ventôse, d'une amende de cent francs contre le notaire contrevenant : donc il n'y a point de nullité.

prononcer, quand il est d'ailleurs bien certain que c'est un *tel*, notaire, à la résidence de tel endroit, qui a reçu le testament.

16. Le testament peut-il être valablement reçu en brevet, et quand il a été reçu avec minute, le notaire qui en est dépositaire peut-il la remettre au testateur?

Sur l'un et l'autre point il y a controverse.

Les uns (1) prétendent que le testament doit être compris dans cette disposition exceptionnelle de l'article 20 de la loi de ventôse, qui permet aux notaires de recevoir, sans en garder minute, « les « certificats de vie, procurations, actes de notoriété, « quittances de fermages, de loyers, de salaires, ar- « rérages de pensions et rentes, *et autres actes sim- « ples qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en « brevet.* » Selon eux, le testament doit être rangé parmi les *actes simples* dont entend parler cet article, attendu, disent-ils, qu'il ne produit aucun droit, qu'il n'engendre aucune obligation du vivant du testateur, et qu'il est toujours révocable comme une procuration.

D'autres soutiennent, avec plus de raison, selon

---

(1) Notamment M. Delvincourt. Ferrière décidait pareillement que le testament pouvait être reçu en brevet; mais alors il n'existait pas de loi aussi positive que celle du 25 ventôse an XI, qui prescrivit aux notaires de garder minutes des actes qu'ils reçoivent; et cette loi de ventôse ne fait que quelques exceptions, au nombre desquelles ne se trouvent pas nommément les testamens.

nous du moins, qu'on ne peut appliquer l'exception aux testamens, parce qu'il n'existe aucune loi en vigueur qui dise que le testâment est un acte simple qui peut être délivré en brevet; qu'il est bien vrai que, du vivant du testateur, il ne produit aucun droit ni aucune obligation, et qu'étant toujours révocable, on peut dire, sous ce rapport que c'est un acte simple; mais cela ne suffit pas pour qu'il se trouve compris dans l'exception. il faudrait aussi pour cela qu'il fût du nombre de ces actes simples qui, *d'après les lois*, peuvent être délivrés en brevet. Or, il n'existe aucune loi en vigueur qui le dise. Il reste donc soumis à la règle générale qui prescrit aux notaires de garder minute des actes qu'ils recoivent. Le Conseil-d'État, consulté par le Ministre de la justice sur la question de savoir si, lorsque le testateur entend révoquer le testament qu'il a fait par acte public, le notaire doit lui en remettre la minute sur sa demande, donna, le 7 avril 1821, un avis négatif, et décida l'un et l'autre point comme nous le faisons. Il est même dit dans cet Avis que le testament ne peut être compris sous la dénomination d'*acte simple*, attendu que « les actes simples sont, ainsi que le mot l'in-
« dique, ainsi que la déclaration de 1723 l'entendait,
« ainsi que le rapporteur de la loi du 25 ventôse
« l'a expliqué au corps législatif, *ceux dont le con-*
« *tenu, la nature et les effets ne présentent qu'un*
« *objet ou un intérêt simple en lui-même et pas-*
« *sager;* ce qui ne peut se dire des testamens, qui,

« quant à leur contenu, leur nature et leurs effets, « sont sans contredit les actes les plus sérieux et « les plus solennels, etc. (1). »

Le testament produisant des effets très-importans et très-compliqués entre les héritiers légitimes et les légataires, le législateur n'a pas dû ne considérer que le temps de la vie du testateur ; il a dû porter aussi ses regards sur l'époque où l'acte va devenir la source de droits et d'obligations. Quoi qu'il en soit, il n'est dit nulle part que le testament est un acte simple *qu'il est permis de délivrer en brevet* ; et l'exception de la loi de ventôse ne s'applique pas à tout acte simple, mais à tous actes simples qui, *d'après les lois*, peuvent être délivrés en brevet. Une obligation unilatérale, une quittance, sont aussi des actes simples, et cependant l'acte contenant l'obligation doit être reçu en minute, et il en est de même de la quittance, si elle n'a pas pour objet un paiement de *fermages*, *loyers, salaires*, *ou arrérage*s *de pension*s *et rentes*, puisqu'il n'y a de quittance d'exceptées de la règle que celles délivrées pour ces objets, et que si l'on eût voulu excepter aussi toute quittance quelconque, l'énumération de ces sortes de dettes devenait une inutilité palpable, ce qu'on ne saurait admettre. Au reste, nous n'argumenterons pas de ce que le notaire est obligé de mentionner l'acte sur son répertoire,

---

(1) Cet avis se trouve dans le *Recueil* de Sirey, année 1823, partie 2, pag. 82.

puisqu'il est obligé aussi de le faire à l'égard des actes qu'il est autorisé à délivrer en brevet.

Sur le second point, notre opinion est encore plus fortement prononcée, s'il est possible. Dès que le notaire a reçu l'acte en minute, il ne peut plus s'en dessaisir, même en prenant les précautions propres à prouver que c'est bien au testateur lui-même qu'il l'a remise. L'art. 22 de la loi de ventôse est positif : « Les notaires ne pourront « se dessaisir *d'aucune* minute, si ce n'est dans « les cas prévus par la loi, et en vertu d'un ju- « gement.

« Avant de s'en dessaisir, ils en dresseront une « copie figurée, qui, après avoir été certifiée par le « président et le commissaire (aujourd'hui le pro- « cureur du Roi) près le tribunal civil de leur rési- « dence, sera substituée à la minute, dont elle tien- « dra lieu jusqu'à sa réintégration. »

Ainsi, point d'exception : les notaires ne peuvent se dessaisir *d'aucune* minute. En accordant aux testateurs le droit de révoquer leurs dispositions, la loi a fait tout ce que ceux-ci pouvaient exiger. Qu'importe maintenant qu'il en fût autrement anciennement, d'après l'usage ; on en convient volontiers, mais cela ne fait rien à la question, qui trouve sa solution précise dans la loi de ventôse an XI, et non dans des usages abrogés. Nous nous rangeons donc complétement à l'avis du Conseil-d'État cité ci-dessus, et qu'adopte pareillement M. Grenier et plusieurs autres interprètes du Code, contre le sen-

timent toutefois de quelques autres auteurs, notamment de MM. Toullier et Massé; mais ces derniers n'ont réellement vu la question que dans les anciens usages (1).

D'ailleurs, si l'acte contenait des infractions aux lois qui rendissent le notaire passible de peines, devrait-il dépendre du testateur de soustraire cet officier public à l'application de ces mêmes lois? Non certes, puisque la poursuite d'un délit ne peut être prévenue ni arrêtée par aucune espèce de transaction quelconque. (Art 2046.) Donc il ne le peut d'une autre manière, en détruisant la preuve du fait

---

(1) M. Toullier dit en outre, en note : « Il est à croire que « M. Grenier, qui prétend que le testateur ne peut retirer la minute « de son testament, n'irait pas jusqu'à soutenir qu'il n'est pas en « droit de se le faire représenter. Or, je suppose qu'il le déchire ou « le rature au moment où le notaire le lui présente, qu'en résultera- « t-il? S'il refusait d'en donner une décharge au notaire, celui-ci « devrait, pour sa sûreté, rapporter un procès-verbal; mais ce « procès-verbal ne pourrait jamais produire contre le testateur « d'autres effets que de l'empêcher, lui ou ceux qui y auraient inté- « rêt, de redemander la minute du testament portée sur le répertoire « du notaire.

Il n'y a rien à conclure, quant à la question, du fait que l'on suppose ici; car ce fait serait un tort de la part du testateur, et un tort ne prouve pas un droit. Supposer que le testateur peut retirer son testament parce que, en fait et par surprise, il peut le lacérer, le biffer, c'est mal raisonner; car il faudrait au contraire établir d'abord qu'il peut le retirer, pour qu'il pût, sans commettre aucune faute, le détruire d'une façon ou d'autre. Ce fait d'ailleurs serait très propre à compromettre le notaire vis-à-vis des intéressés, dans le cas, supposé où le testateur ne voudrait pas lui donner de décharge. Le procès-verbal dont on parle, s'il n'y avait pas de témoins du fait de la destruction du testament, ne fournirait peut-être pas une pleine sécurité au notaire; le tort du testateur en deviendrait bien plus grave encore.

Le consentement de toutes les parties qui ont figuré dans un acte ordinaire n'autoriserait certainement pas le notaire qui l'a reçu à leur en remettre la minute : la loi de ventôse s'y opposerait trop formellement; or, par voie de conséquence, il en doit être de même du testament; car l'acte synallagmatique appartient à toutes les parties, mais n'appartient qu'à elles, comme le testament appartient au testateur. D'ailleurs, ne pourrait-il pas se faire aussi qu'il contînt une reconnaissance au profit d'un tiers, par exemple, la reconnaissance d'un enfant naturel? Et dans ce cas bien certainement, selon nous du moins, il ne dépendrait plus du testateur de révoquer cette reconnaissance de sa paternité; l'ayant déclarée par acte authentique, conformément à l'art. 334, c'est une chose devenue irrévocablement certaine qu'il est le père de l'enfant : c'est un fait désormais prouvé autant qu'il était possible qu'il le fût, et qu'il n'est plus en son pouvoir de détruire. Il peut sans doute révoquer toute disposition de biens faite en faveur de cet enfant, ou de tout autre, parce que c'est dans les dispositions de biens que consiste le testament (art. 895), mais la déclaration de paternité n'est point partie du testament, quoiqu'elle se trouve dans l'acte qui constate les volontés du défunt (1). Ainsi, indépendamment des raisons de droit développées ci-dessus, il y a encore de puissans motifs pour décider, avec le Conseil-

(1) *Voy.* ce que nous avons dit sur ce point au tom. III, n° 219.

d'état, que les notaires ne doivent pas se dessaisir des minutes des testamens qu'ils ont reçus ; en sorte que ce qui se pratiquait jadis, l'opinion des auteurs sur ce point, tout cela ne doit être d'aucun poids sous la législation actuelle, dont les dispositions, sainement entendues, sont positives.

62. Mais le notaire doit délivrer une expédition du testament au testateur lorsque celui-ci la lui demande, quoique le testament ne soit pas enregistré (1).

63. Il doit l'être dans les trois mois à partir du décès (2), mais l'omission de cette formalité ne porterait aucune atteinte à la validité du testament ; car, en règle générale, le défaut d'enregistrement ne dépouille pas les actes du caractère et des priviléges de l'authenticité. Le testament non enregistré dans ce délai recevrait donc son exécution ; mais le notaire pourrait être passible de l'amende établie par les lois sur *l'enregistrement.*

64. Les notaires sont obligés de porter sur leur répertoire, à leur date, les testamens qu'ils reçoivent ; l'art. 29 de la loi sur le notariat ne fait aucune exception, et la Cour Suprême a jugé en ce sens, le 19 décembre 1808 (3).

---

(1) Décision du ministre des finances, du 25 avril 1809, rapportée dans Sirey, tom. IX, part. 2, pag. 270.

(2) Voir Dalloz, au mot *enregistrement.*

(3) Sirey, 1809-1-231.

65. Les formes spécialement exigées par le Code civil pour la validité du testament sont :

1° Qu'il soit reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins (art. 971);

2° Qu'il soit dicté par le testateur aux deux notaires, ou au notaire s'il n'y en a qu'un seul (art. 972);

3° Qu'il soit écrit par l'un des notaires, ou par le notaire (*ibid.*);

4° Qu'il soit écrit tel qu'il est dicté (*ibid.*);

5° Qu'il en soit donné lecture au testateur en présence des témoins (*ibid.*);

6° Qu'il soit fait du tout mention expresse (*ibid.*);

7° Que le testament soit signé par le testateur, ou s'il déclare ne savoir ou ne pouvoir signer, qu'il soit fait mention expresse de sa déclaration, ainsi que de la cause qui l'a empêché de signer (art. 973);

8° Qu'il soit aussi signé par les témoins; néanmoins dans les campagnes il suffit qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatre témoins signent, s'il est reçu par un notaire (art. 974);

9° Que les témoins réunissent toutes les qualités requises.

Analysons chacune de ces dispositions : la plupart d'entre elles présentent de graves difficultés, et elle ont donné lieu à une multitude de procès.

§ II.

De la réception du testament par les notaires ou par le notaire, en présence des témoins.

66. Le testament par acte public est reçu par deux notaires, en présence de deux témoins, ou par un notaire, en présence de quatre témoins ; ainsi, il ne peut être reçu par d'autres officiers publics : par exemple, par un greffier.

La présence des deux notaires (quand le testament est reçu par deux) et celle des deux ou des quatre témoins à la rédaction de l'acte, et pendant tout le temps qu'elle dure, est tellement de rigueur, que le testament devrait être annulé s'il était prouvé que l'un des notaires ou des témoins s'est absenté, et que durant son absence le testateur a continué de dicter et le notaire d'écrire, même une seule clause, quoique la lecture en eût ensuite été donnée au testateur en présence de tous les témoins et du notaire second, et qu'il en eût été fait mention.

Mais il n'est pas nécessaire que les témoins aient été convoqués exprès, et par conséquent il serait inutile de faire mention de cette circonstance. L'ordonnance de 1735 (art. 6) dispensait formellement de cette mention, dont ne parle pas le Code.

Le testament serait nul, quoique les témoins eussent été tous présens à la réception du testament, si la mention n'en était pas faite dans l'acte.

La preuve de leur présence ne serait point ad-

mise ; elle doit se trouver dans l'acte même, par la mention, à peine de nullité.

Mais, si cette mention existe, le testament ne peut être attaqué, sous ce rapport, que par l'inscription de faux.

67. Il n'est pas de rigueur, au surplus, de faire spécialement mention que les témoins ont assisté à la *dictée* du testament, comme il est de rigueur de faire mention de leur présence à la *lecture* ; il suffit de mentionner leur présence à la réception du testament et de leur présence aussi à la lecture qui en est donnée au testateur. Les art. 971 et 972 combinés n'exigent rien autre chose ; mais ils exigent impérieusement la mention de cette double circonstance. La Cour supérieure de Bruxelles a jugé le 16 février 1816, sur les conclusions de M. Daniels, procureur général, que la présence des témoins à la réception du testament devait nécessairement être mentionnée, ainsi que leur présence à la lecture (1). Nous en tombons d'accord, mais on ne pourrait annuler un testament sous prétexte du défaut de mention de la présence des témoins à la *dictée*.

Bien mieux, la même Cour a jugé depuis, le 17 mai 1819 (2), que la mention *du tout*, prescrite par

(1) *Voy.* l'analyse des conclusions de M. Daniels, dans le tom. XVII du *Répertoire* de M. Merlin, pag. 622.

(2) On trouve l'arrêt dans le *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 717.

l'art. 972, ne s'applique qu'aux formalités énumérées dans cet article, et ne comprend pas, en conséquence, celle de la présence des témoins à la réception du testament, exigée il est vrai par l'art. 971, mais sans que cet article prescrive d'en faire mention. En sorte que, d'après cet arrêt, la mention de la présence des témoins à la lecture serait suffisante. Tel n'est pas notre avis : ces mots, *du tout*, s'appliquent aux deux articles.

68. Sous le Code, la circonstance que le testateur serait aveugle n'exige pas un témoin de plus, comme le voulait l'ordonnance de 1735.

§ III.

De la dictée du testament par le testateur aux notaires ou au notaire.

69. Ainsi, point de testament par signes; le muet ne peut donc tester par acte public. Le vœu de la loi ne serait pas non plus rempli si le testateur répondait aux interrogations qui lui seraient faites; c'est lui, et lui seul, qui doit énoncer ses dispositions; en sorte que le notaire ne peut écrire que celles qui lui sont entièrement dictées par le testateur, c'est-à-dire prononcées de vive voix par celui-ci. Il ne pourrait se borner à copier un projet écrit que lui remettrait le testateur; il faudrait que ce dernier dictât lui-même les dispositions qu'il aurait préparées et rédigées d'avance.

70. La mention que le testateur a dicté ses dispositions est absolument de rigueur; mais est-il également indispensable de faire mention que le testateur a dicté ses dispositions *aux notaires*, ou *au notaire*, s'il n'y en a qu'un seul ?

L'art. 972 porte : « si le testament est reçu par « deux notaires, il *leur* est dicté par le testateur, « et il doit être écrit par l'un de ces notaires tel « qu'il est dicté.

« S'il n'y a qu'un notaire, *il doit être également « dicté* par le testateur, et écrit par ce notaire.... »

« Il est fait *du tout* mention expresse. »

Ainsi, dans le cas où le testament est reçu par deux notaires, la loi exige bien qu'il *leur* soit dicté par le testateur, et qu'il soit fait mention de l'accomplissement de cette formalité; mais veut-elle absolument pour cela une mention expresse et spéciale, ou si son vœu, au contraire, se trouve suffisamment rempli lorsqu'il résulte du contexte du testament lui-même qu'il a bien effectivement été *dicté* aux notaires? n'est-ce pas là l'équivalent d'une mention expresse, et même une mention expresse, puisque la loi ne la prescrit pas en termes sacramentels?

La Cour de cassation a jugé la question dans ce dernier sens, en maintenant la validité d'un testament reçu par deux notaires (quoiqu'il portât d'abord qu'il avait été dicté à l'un d'eux), parce qu'à la fin de l'acte se trouvait aussi cette attestation des notaires : *fut ainsi fait, dicté et nommé par la*

testatrice, de mot à mot, en leur présence. On a pensé que cette mention constatait suffisamment que les deux notaires avaient entendu simultanément la testatrice proférer ses dernières volontés, et avaient de même simultanément coopéré à les recueillir et certifier (1). Le vœu de la loi était en effet suffisamment rempli.

Il y a encore moins de doute quand le testament est reçu par un seul notaire, puisque dès qu'il est fait mention que le testateur a dicté son testament, et que le notaire l'a écrit, il est clair que le testament *lui* a été dicté ; autrement, il n'eût pu l'écrire. La rédaction de la seconde partie de l'art. 972 vient encore à l'appui : « s'il n'y a qu'un notaire, il (le « testament) doit également être dicté par le tes- « tateur et écrit par ce notaire. » Ainsi, il n'est pas dit : il *lui* est dicté, comme dans la première partie, où il est dit : il *leur* est dicté, parce qu'il fallait en effet certifier la présence des deux notaires à la dictée; seulement, la disposition porte, *il doit également être dicté par le testateur*, ce qui est vrai ; mais il n'est pas absolument indispensable de le mentionner d'une manière spéciale, puisque la certitude de la dictée par le testateur au notaire résulte nécessairement des diverses mentions de la dictée par

---

(1) Arrêt du 19 août 1807, rapporté avec les conclusions de M. Merlin, dans son *Répertoire*, tom. XIII, v° *testament*, sect. 2, § 3, art. 2.

Jugé dans le même sens à la Cour de Paris, le 23 août 1811. *Recueil* de Dalloz, 10° livraison, pag. 688.

le testateur et de l'écriture par le notaire. La jurisprudence est conforme aussi à cette décision (1).

71. Au surplus, l'expression *dicté* n'est point une expression sacramentelle que les notaires doivent nécessairement employer pour prévenir la nullité du testament ; la prudence leur commande sans doute de s'en servir de préférence à tout autre, parce qu'elle rend plus nettement la pensée de la loi, et qu'elle soustrait ainsi plus sûrement le testament aux chances de l'interprétation des tribunaux ; mais elle peut être remplacée par des termes équivalens et propres à certifier également que les dispositions du testament ont réellement été écrites par le notaire, et d'après le prononcé du testateur. L'essentiel est qu'il ne reste aucun doute sur ce point à la seule inspection de l'acte (2). Tel est le principe; quant à l'application, elle est nécessairement laissée aux tribunaux, et il serait difficile que la Cour suprême réformât une décision qui aurait annulé un testament parce que la mention qu'il a été *dicté* par le testateur ne s'y rencontrerait pas, et lorsque les expressions employées par le notaire pour

(1) *Voy.* les arrêts de la Cour de Bruxelles du 25 juin 1806, du 7 février 1807, et du 16 janvier 1808. *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 685 et suiv.

(2) *Voy.* Ricard, part. 1, n° 1505. MM. Favard de Langlade, v° *testament*, sect. 1, § 3, art. 4; Grenier, tom. Ier, n° 230, 231 et 234; Merlin, tom. XVII, pag. 699; et Toullier, tom. V, n° 413, 414 et 415.

constater l'observation de cette formalité auraient été jugées insuffisantes.

C'est ainsi que la Cour de Turin (1) a pu décider que la mention de la *dictée* ne se trouvait pas dans ces expressions par lesquelles le notaire s'était borné à énoncer, en quelque sorte historiquement, et en parlant à la troisième personne, les volontés du défunt : *le testateur a dit, et dit que ce sont ses dernières volontés* (2).

Et suivant Ricard (3), la mention de la dictée n'existe pas si le testament porte simplement que le testateur *a proféré le testament de sa propre bouche*, et que *le notaire l'a rédigé par écrit*; car ces expressions ne présentent point complétement l'idée renfermée dans le mot *dicté*; elles n'indiquent pas nécessairement que le notaire a écrit les dispositions au fur et à mesure que le testateur les lui a fait connaître ; or, *dicter* emporte l'idée commune d'une personne qui parle à une autre, laquelle écrit successivement ce qui lui est dit ; c'est aussi dans ce sens que ce mot est pris par la loi, dans la vue d'éviter les méprises, les erreurs et les fraudes.

Mais la Cour de Paris (4) a maintenu, avec rai-

---

(1) Arrêt du 14 fructidor an XII. *Recueil* de Dalloz, 10e livraison, pag. 688.

(2) Mais il est utile de faire remarquer que la circonstance que cette mention était rejetée à la fin de l'acte, n'a pas été sans quelque influence sur la détermination de la Cour.

(3) *Loco citato suprà* : il rapporte un arrêt de 1617, qui a jugé dans le sens de sa décision.

(4) Arrêt du 17 juillet 1806. Dalloz, *Recueil*, 10e livraison, pag. 689.

son, un testament dans lequel la mention de la dictée était rendue par ces seules expressions : « Le présent testament a été *prononcé* par le tes-« tateur, et *écrit* par le notaire *à mesure que le dis-« posant prononçait.* » Ce *prononcé* successif n'était en effet rien autre chose qu'une véritable *dictée.*

72. On ne peut combattre que par l'inscription de faux la mention que le testateur a dicté son testament ; on n'est pas admis à prouver par une autre voie qu'il avait la langue liée par l'état de la maladie, et qu'il ne pouvait dès lors parler ; tandis qu'on peut très bien être reçu à prouver autrement que par l'inscription de faux, et nonobstant toute mention à ce sujet, que le testateur n'était pas sain d'esprit au moment où il a testé (1).

§ IV.

De l'écriture par l'un des notaires ou par le notaire.

73. Le testament doit nécessairement être écrit par l'un des notaires, ou par le notaire, s'il n'y en a qu'un ; le testateur lui-même ne pourrait l'écrire, ni un clerc du notaire, ni un des témoins.

Et la mention qu'il a été écrit par l'un des notaires, ou par le notaire, est exigée aussi à peine de nullité. Elle ne serait point suppléée par l'évidence du fait que c'est bien le notaire qui a en effet écrit le tes-

---

(1) *Voy.* pour l'un et l'autre point, tome précédent, nº 157 et 158.

tament, en le comparant avec d'autres actes écrits par le notaire; l'art. 972 est formel.

En vain dirait-on que la preuve que le testament a été écrit par le notaire se trouve dans le testament lui-même; qu'elle résulte de la double mention qu'il a été dicté au notaire et de la lecture au testateur tel qu'il a été dicté; que le mot *dicté* exprime l'action de deux personnes : de l'une, qui *dicte*, de l'autre, qui écrit ce qui lui est *dicté*, et par conséquent que la preuve du fait de l'écriture du testament par le notaire existe par le fait même de ces mentions, comme elle existerait par le fait d'une mention spéciale et formelle. Quelle que soit la force de cette argumentation, elle ne saurait prévaloir contre le texte positif de l'art. 972. Aussi la jurisprudence est-elle établie de la manière la plus prononcée dans le sens de la nullité, parce qu'en effet les tribunaux ne doivent pas aspirer à être plus sages que le législateur : ils ne sont que les organes de la loi (1).

74. Du reste, il n'est pas de rigueur que la mention porte en termes formels que le testament *a été écrit* par l'un des notaires ou par le notaire ; il suffit qu'elle atteste positivement, et sans laisser aucun doute, qu'en effet il a été écrit par l'officier public.

---

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Bruxelles, du 28 nivôse an XII; celui de la Cour de Paris, confirmé par la Cour de cassation, le 10 thermidor an XIII, et un autre arrêt de rejet, du 9 février 1808. *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 702 et suivantes.

C'est dans ce sens que s'exprimait le chancelier d'Aguesseau, dans une lettre qu'il adressa au parlement de Grenoble. « Il est vrai, disait-il, qu'il n'y a « pas, en cette matière, de ces expressions qu'on peut « dire être de rigueur et qu'on appelle sacramen- « telles, et devenues nécessaires à peine de nullité.... « Mais, s'il n'y a rien dans la loi de déterminé sur « la forme de l'expression, il faut au moins que le « fond et la substance soient exactement conservés « de quelque manière que le notaire juge à propos « de s'exprimer. »

C'est ainsi que la Cour d'Aix a jugé, le 5 décembre 1812, que la mention que le notaire *a rédigé* PAR ÉCRIT *sous la dictée du testateur*, équivaut à la mention littérale que le notaire a écrit le testament (1).

Mais la déclaration du notaire que le testament *lui a été dicté, qu'il l'a rédigé, fait et dressé, et qu'il en a donné acte*, a été jugée ne pas suppléer au défaut de mention expresse que le testament a été *écrit* par le notaire (2). Tout cela n'attestait en effet point nécessairement que le notaire avait

---

(1) *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 708.

Cependant la Cour de Turin a décidé, dans une espèce semblable, que la mention que le notaire a *rédigé* le testament *par écrit*, n'était pas équipollente à la mention expresse de l'écriture par le notaire; mais il y avait quelques autres circonstances, autrement cette décision eût été trop rigoureuse. Arrêt du 14 avril 1810, *ibid*, pag. 707.

(2) Arrêt de la Cour de Turin, et ensuite arrêt de rejet, du 27 mai 1807. *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 703.

écrit le testament, la minute du testament; du moins la Cour a pu ne l'y pas voir d'une manière indubitable.

Il a pareillement été jugé qu'il n'y a pas équipollence dans la déclaration faite par le notaire, que le testateur a *dicté et prononcé son testament*, et que *l'acte a été passé et rédigé par lui notaire* (1); et encore moins dans celle que le notaire *a retenu le testament au fur et à mesure qu'il lui a été dicté* (2).

A plus forte raison, la simple déclaration *fait et passé etc.*, ne remplirait-elle pas le vœu de la loi, puisque cette déclaration se trouve dans presque tous les actes, soit qu'ils aient été écrits par un des clercs du notaire, soit qu'ils l'aient été par le notaire lui-même.

75. La mention de l'écriture du testament par le notaire, ou la mention par équipollence parfaite, peut se trouver au commencement comme à la fin du testament; il suffit qu'elle soit avant la conclusion de l'acte par la lecture et par les signatures.

§ V.

Que le testament soit écrit tel qu'il est dicté.

76. Le notaire ne peut rien changer qui tienne à la

(1) Arrêt de la Cour de Besançon, et ensuite arrêt de rejet, du 4 février 1808. Dalloz, 10e livraison, pag. 706.

(2) Arrêt de la Cour de Toulouse, du 16 décembre 1806. *Ibid*, pag. 709.

substance des dispositions qui lui sont dictées par le testateur, ni y ajouter ou y retrancher quelque chose, ni les modifier en quoi que ce soit.

77. Mais il peut néanmoins mettre en bon français les phrases incorrectes du testateur; l'essentiel est de rendre parfaitement toute la pensée du disposant, et de ne consigner que cela dans l'acte.

78. Le testament doit toujours être rédigé en français, quand bien même le testateur ne parlerait point cette langue. Depuis l'ordonnance de 1539, tous les actes, contrats, testamens, etc., ont dû être rédigés en français (1). Un décret du 2 thermidor an II sanctionna en quelque sorte les lois de l'ancienne monarchie en défendant d'enregistrer aucun acte, même sous seing-privé, s'il n'était écrit en langue française, et en prononçant, en cas d'infraction, non la peine de nullité des actes, mais un emprisonnement contre les notaires contrevenans. L'exécution de ce décret fut, il est vrai, suspendue indéfiniment peu de temps après sa publication; mais un arrêté du gouvernement, du 24 prairial an XI, ordonna qu'à l'expiration du délai d'un an (délai qui fut ensuite prorogé par plusieurs décrets), tous les actes seraient rédigés en français dans les pays nouvellement réunis. Cet arrêté autorisait toutefois à écrire à mi-marge de la minute la traduction lit-

(1) *Voy.* le *Répertoire* de M. Favard de Langlade, v° *langue française.*

térale de l'acte dans la langue ou l'idiome du pays.

Les notaires de Bruxelles adressèrent une demande au ministre de la justice pour que cet arrêté fût rapporté, attendu, suivant eux, son incompatibilité avec l'art. 972 du Code civil; mais il leur fut répondu par le ministre, le 4 thermidor an XII, qu'il n'y avait aucune incompatibilité, puisque le Code ne dit pas que le testateur, qui peut ignorer la langue francaise, dictera son testament en français; mais que le Code veut, par sa combinaison avec les autres dispositions législatives ou réputées telles, que le notaire rédige le testament en langue française, ce qui n'est pas la même chose.

La jurisprudence a sanctionné les principes consignés dans cette réponse ou circulaire. En conséquence, on a généralement jugé (1) que le vœu de la loi était suffisamment rempli quand le notaire avait écrit le testament en français (suivant le prescrit de l'arrêté du 24 prairial an XI) et lorsqu'il en avait fait en marge une traduction dans l'idiome du testateur, et que c'était de cette traduction qu'il lui avait donné lecture (pour que les formalités voulues par le Code civil fussent observées). Les auteurs sont à cet égard d'accord avec la jurisprudence.

79. Par les mêmes motifs, ces décisions devraient s'appliquer dans les localités où la langue française n'est pas populaire, comme dans certaines parties

(1) *Voy.* les arrêts rapportés dans le *Recueil* de M. Dalloz, 10e liv.

de l'Alsace, et certains cantons voisins des Pyrénées.

Mais il faut alors que tous les témoins entendent à la fois la langue française et l'idiome du testateur, pour qu'ils puissent juger si les dispositions, telles qu'elles ont été dictées par lui au notaire, ont été fidèlement rendues dans la minute rédigée en français par ce dernier, et pour entendre aussi la lecture qui doit être donnée de la traduction au testateur en leur présence.

80. Au surplus, même avec cette traduction dans l'idiome du testateur, des dispositions rédigées en français, ce dernier ne peut se servir d'un truchement ou interprète pour les dicter au notaire; cet officier doit les recueillir de la bouche même du testateur, parce que c'est celui-ci qui doit les lui dicter, et non un autre : par conséquent le notaire doit nécessairement connaître l'idiome du disposant. Le danger des erreurs ou des fraudes ne serait pas pleinement écarté par la traduction et la lecture qui en serait ensuite donnée au testateur en présence des témoins.

81. On a jugé, par arrêt de cassation, le 18 janvier 1809 (1), que la circonstance que le testament avait été rédigé à la troisième personne ne prouvait point nécessairement qu'il n'avait pas été *écrit tel que le testateur l'avait dicté*, attendu que le testa-

(1) Sirey, 1809-1-129.

teur avait bien pu s'exprimer ainsi ; en conséquence, le testament a été maintenu, et plusieurs Cours royales ont jugé de la même manière. La cassation paraissait cependant bien difficile à obtenir, puisque l'arrêt attaqué, en appréciant la valeur de la mention d'après les expressions du testament, semblait avoir jugé plutôt un point de fait qu'un point de droit.

82. Au surplus, il n'est pas de rigueur que le notaire mentionne en propres termes qu'il a écrit le testament *tel* que le testateur le lui a dicté ; dès qu'il atteste qu'il a écrit ce que le testateur lui a dicté, il atteste par cela même qu'il a écrit le testament *tel* qu'il lui a été dicté : il n'atteste pas autre chose, en effet, si sa déclaration est sincère, comme elle est présumée l'être. La mention de la dictée, jointe à celle de l'écriture par le notaire, satisfait donc suffisamment à ce que la loi exige.

La jurisprudence, depuis long-temps, n'offre plus d'incertitude sur ce point ; et les interprètes du Code sont également d'accord avec elle.

A plus forte raison en est-il ainsi quand le sens de ces expressions de l'art. 972, *tel qu'il a été dicté*, se trouve reproduit par des équipollences ; car ces expressions ne sont point sacramentelles, elles peuvent être remplacées par d'autres équivalentes, et c'est ce qui a parfaitement lieu lorsque les mentions de la *dictée* par le testateur, et de l'*écriture* par le notaire, se trouvent accompagnées d'autres

expressions qui établissent une conformité certaine de cette dictée avec cette écriture ; comme lorsqu'il est dit que « le testateur a fait et dicté son testa-« ment *qui suit*, et qui a été écrit de la main du « notaire ; dont lecture lui ayant été donnée, en « présence des témoins, il a déclaré le bien con-« cevoir et entendre, et y persister. «

Ou bien s'il est dit que « le testament a été écrit « *comme suit*, « et que la clause finale porte : « Ainsi « fait et dicté, etc. «

Ou bien encore, si la mention est conçue de la manière suivante : « Lequel a dicté à moi, notaire, « son testament, qui fut écrit par moi, *en ces termes*, « etc. »

Dans tous ces cas l'on a jugé (1) que le testament était régulier, et nous l'aurions décidé de la même manière.

§ VI.

De la lecture au testateur, en présence des témoins.

83. Lecture du testament doit être donnée par le notaire au testateur, en présence des témoins ; mais pour que cette formalité ait un objet, il faut que le testateur puisse entendre ce qui lui est lu : d'où il suit que celui qui est complétement sourd ne peut tester par acte public. Il en serait autrement s'il avait seulement l'ouïe dure (2).

---

(1) *Voy.* les arrêts dans le *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, chap. 6, sect. 4. art. 2, § 2 et suiv.

(2) § 3, Instit. *tit. quib. non est permiss. testam. facere.*

84. La preuve que le testateur était incapable d'entendre la lecture du testament peut se faire par témoins ; et il n'y a même pas matière à inscription de faux, attendu que le notaire n'a pas reçu mission de la loi d'attester *l'audition* de la lecture, ainsi qu'elle lui a prescrit, non seulement de faire cette lecture, mais encore d'en faire mention dans l'acte : c'est une circonstance qui est en dehors de son ministère. Tandis que, lorsqu'on prétend que le testateur était privé de l'usage de la parole au moment où il testait, l'acte ne peut être attaqué sous ce rapport que par l'inscription de faux, vu que le notaire, chargé par la loi d'écrire le testament tel qu'il lui est dicté par le testateur, a par cela même mission de certifier que celui-ci lui a *parlé*, et il atteste ce fait par la mention même de la dictée du testament par le disposant.

85. La lecture du testament, disons-nous, doit être donnée au testateur *en présence* des témoins, et mention doit en être faite à peine de nullité. En sorte que la formalité de la lecture se compose de plusieurs élémens, qui doivent tous être mentionnés : 1° de la lecture du testament ; 2° de la lecture au testateur, 3° de la présence des témoins à cette lecture.

La mention *de la lecture* peut toutefois être faite par des équipollences, comme lorsqu'il est dit : *lecture du présent acte, lecture des présentes*, et autres formules analogues.

La lecture *au testateur* peut résulter aussi d'expressions attestant clairement par leur sens et leur contexte que c'est au testateur que la lecture a été donnée, et non pas seulement aux témoins.

Mais la simple mention que la lecture a été donnée au testateur *et aux* témoins ne suffit généralement pas, parce qu'elle n'emporte point nécessairement l'idée d'une lecture donnée simultanément au testateur et aux témoins, ainsi que le veut le Code (1). En effet, le notaire aurait pu donner lecture au testateur auprès de son lit par exemple, et ensuite aux témoins dans une pièce voisine ; et bien certainement la peine du faux ne pourrait l'atteindre, pour avoir certifié qu'il a donné lecture du testament au testateur *et aux* témoins, puisque ce fait serait vrai : tandis que s'il avait attesté qu'il a donné cette lecture au testateur *en présence des témoins*, il eût commis un faux dans l'espèce. Or ce n'est que dans la crainte salutaire qu'il doit avoir des conséquences de ses fausses mentions ou déclarations, que la loi a cherché et a pu trouver la garantie de la sincérité de ces mêmes mentions ou déclarations : d'où il faut conclure que toutes les fois qu'il n'aurait pas commis un faux, tout en éludant cependant la loi par une mention calculée d'un fait vrai, mais qui n'est pas celui qu'elle a eu en vue comme formalité essentielle de l'acte, il y a

---

(1) *Voy.* les arrêts du 15 septembre 1809, et 6 mai 1812. Sirey, 10-1-292 ; et 12-1-333.

nullité, et, pour l'écarter, le juge ne peut se livrer à aucune conjecture ou présomption que le fait s'est passé comme le voulait la loi, et que c'est seulement la mention qui a été mal exprimée ; il ne peut non plus admettre des preuves puisées hors de l'acte : c'est l'acte lui-même, l'acte seul qui doit lui fournir la certitude que tout s'est passé comme l'a attesté le notaire, si cet officier public n'a pas commis un faux dans ses mentions ou déclarations.

On a bien, il est vrai, jugé à Turin (1) que la mention, *lu en présence du testateur et des sieurs...., témoins*, était suffisante ; mais cette décision n'est point contraire à celle que nous venons d'exprimer ; car la conjonction ET *des sieurs...., témoins*, se rapportant aux mots *en présence*, qui se trouvaient dans la même phrase et ne faisaient avec eux qu'un seul et même contexte, elle indiquait clairement que la lecture avait été donnée *en même temps* au testateur et aux témoins, comme le veut l'art. 972.

A la vérité, il n'était pas dit textuellement que la lecture avait été *donnée au testateur en présence des témoins* ; mais la mention telle qu'elle était faite suffisait, parce qu'il était clair que c'était à tous que la lecture avait été donnée simultanément, et par conséquent qu'elle avait été donnée au testateur en présence des témoins ; l'équipollence était parfaite, et la loi ne prescrit rien de sacramentel dans les expressions.

---

(1) Le 31 mars 1806. Sirey, 6-2-897.

Indépendamment des arrêts de la Cour de cassation que nous avons cités, cette Cour en a rendu d'autres qui ont jugé aussi que la mention de la lecture *au testateur ainsi qu'aux témoins*, et celle de la lecture *aux témoins ainsi qu'au testateur*, ne satisfaisaient point non plus à la disposition de l'art. 972 (1). Elles laissaient en effet subsister la possibilité qu'il y ait eu deux lectures séparées.

Cette jurisprudence, que M. Merlin a préparée par ses conclusions, nous semble devoir être rigoureusement suivie quand la mention, *lu au testateur et aux temoins*, ou *lu au testateur ainsi qu'aux témoins*, ou enfin *lu aux témoins ainsi qu'au testateur*, ne serait point accompagnée d'expressions démontrant clairement et nécessairement que les témoins étaient présens à la lecture lorsqu'elle était faite au testateur; ce n'est que dans le cas contraire que l'on devrait tenir pour la validité du testament.

Cependant, nous devons faire observer que la Cour suprême elle-même semblerait s'être relâchée de la rigueur de ses principes, par son arrêt (de simple rejet, il est vrai) du 9 février 1820. Il résulterait de cet arrêt que la mention expresse que le testament a été *lu au testateur en présence des témoins* peut s'induire de l'ensemble des dispositions de l'acte, et spécialement que cette mention se trouverait suffisamment exprimée dans

---

(1) Arrêts du 10 juin 1811, et du 24 juin même année. *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 728 et suiv.

une clause ainsi conçue : *lecture faite du contenu en ces présentes, le testateur a dit et déclaré l'avoir bien ouï compris ou entendu..., de tout quoi a été rédigé le présent....en présence de....*(témoins), *lecture de nouveau faite,* etc. »

La Cour de Riom a maintenu le testament en ces termes : « Considérant que, par la contexture du « testament, il y a certitude que tout a été fait sans « intervalle et à la même heure, et tout à la fois; « que les témoins ont assisté à tout, et particuliè« rement à la lecture faite par le notaire à la tes« tatrice des dispositions contenues en icelui; la « Cour dit qu'il a été mal jugé en première in« stance, etc. (1). »

Et sur le pourvoi, la cour de Cassation s'est exprimée ainsi : « Attendu que le testament dont il « s'agit au procès, sainement entendu, *se prête à « l'induction* tirée par la Cour royale que la men« tion expresse exigée par la loi s'y trouvait suffi« samment; qu'ainsi le moyen est dénué de fonde« ment; rejette. »

Cet arrêt, comme on le voit, en donnant à une simple *induction* la même force qu'à une mention

(1) La Cour de Besançon aussi a jugé qu'il y avait mention suffisante dans une clause ainsi conçue : « *Fait, lu et passé en présence des « sieurs..... (les quatre appelés pour témoins), qui ont signé ledit testament « avec ledit notaire.* La testatrice a déclaré en présence desdits témoins « ne savoir ni écrire, ni signer ses noms et prénoms, sur la réquisi« tion et interpellation qui lui a été faite par ledit notaire, en décla« rant que son présent testament est conforme à sa volonté, et y a « persisté après la lecture à elle faite. » Arrêt du 19 février 1824.

positive et expresse, paraît être en opposition avec la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, ainsi qu'avec la disposition de l'art. 972, qui veut une mention expresse. Il semblerait en effet établir la doctrine que les Cours royales ont un pouvoir discrétionnaire pour juger si les formalités prescrites à peine de nullité, dans les testamens, ont été ou non remplies ; car bien certainement si la Cour royale eût annulé celui dont il est question, pour défaut de mention expresse de la lecture *au testateur en présence des témoins*, la Cour suprême n'eût pas hésité à confirmer sa décision. Or, nous croyons qu'une telle doctrine serait tout-à-fait contraire à l'esprit de la loi sur la matière.

En outre, dans l'espèce il n'y avait pas d'équipollence parfaite à la mention de la lecture au testateur en présence des témoins, puisque cette mention ne se trouvait pas nécessairement dans la clause finale du testament, « *de tout quoi a été rédigé le* « *présent acte, en présence de... témoins*. Car si cette clause suffisait pour attester la présence des témoins à la *rédaction* du testament, elle ne prouvait pas leur présence à la *lecture* qui en a été donnée au testateur, objet pour lequel l'article 972 veut cependant une mention spéciale, puisqu'il veut qu'il soit fait *du tout* mention expresse, par conséquent mention de la *présence des témoins* à la *réception* du testament par les deux notaires ou par le notaire, et mention aussi de leur *pré-*

sence à la *lecture* qui en est donnée au testateur.

On ne pouvait pas non plus se fonder sur la présomption de l'unité de contexte de l'acte, attendu que la mention la plus expresse de ce fait ne dispenserait point de celle de la lecture au testateur, ni, dès lors, de la lecture au testateur en présence des témoins, la seule qui remplisse le vœu de la loi. Nous aurions donc regardé le testament comme nul. Nous repoussons surtout en cette matière la doctrine d'un auteur, qui pense que lorsque la mention peut s'interpréter aussi bien dans la supposition d'une seule lecture faite simultanément au testateur et aux témoins, que dans la supposition de deux lectures possibles, l'une au testateur, l'autre aux témoins, il faut interpréter l'acte dans le sens favorable à sa validité. Cela est contraire aux principes qui régissent les formes substantielles des testamens, où tout est de rigueur.

§ VII.

De la mention de l'observation de toutes les formalités précédentes.

86. Ainsi, il doit être fait mention que le testament est reçu par deux notaires en présence de deux témoins, ou par un notaire en présence de quatre témoins;

Qu'il a été dicté par le testateur;

Qu'il a été écrit par l'un des notaires, ou par le notaire;

Et qu'il en a donné lecture au testateur, en présence des témoins.

87. Mais ces mentions sont suffisantes, en sorte, et comme il a été dit précédemment, qu'il n'est pas de rigueur de mentionner en termes exprès que le testament a été *dicté aux notaires* (ou au notaire);

Qu'il a été *dicté en présence des témoins*;

Qu'il a été écrit *tel qu'il a été dicté*, surtout lorsque, indépendamment de la double mention de la *dictée* par le testateur, et de *l'écriture* par le notaire, il résulte des expressions de l'acte que le notaire y a reproduit avec exactitude tout ce qui lui a été dicté, et rien de plus.

88. Régulièrement chaque mention doit être faite avec l'énonciation de la formalité qu'elle a pour objet de certifier, mais cela n'est cependant pas de rigueur, attendu que la loi ne fixe pas la place des mentions; mais il faut toujours qu'elles précèdent la lecture du testament et la mention de cette même lecture, ainsi que les signatures, ou la mention de la déclaration du testateur qu'il ne savait ou ne pouvait signer. Les signatures sont la conclusion de l'acte.

§ VIII.

De la signature du testateur, des témoins et des notaires, et des mentions à ce sujet.

89. Quant à la signature du testateur, elle doit, en général, être de son nom de famille, tel qu'il

est porté dans son acte de naissance. Aussi les noms simplement patronimiques, les surnoms, les sobriquets, les noms de propriété ou de terre, ne sont pas ceux dont les testateurs doivent signer leurs testamens. C'est ce que nous avons déja établi en parlant du testament olographe, où nous avons aussi expliqué les modifications dont cette règle est susceptible. Nous y renvoyons, pour éviter d'inutiles répétitions, attendu que les observations que nous avons faites à cet égard s'appliquent à toute espèce de testamens.

90. L'article 13 de la loi du 25 ventôse an XI prescrit aux notaires d'énoncer dans les actes les noms, prénoms, qualités et demeures des parties, ainsi que des témoins appelés, d'après l'article 11, pour certifier le nom, l'état et la demeure desdites parties, lorsqu'elles ne sont pas connues des notaires : mais il ne prononce pas la nullité de l'acte pour l'inobservation de ces formalités ; il porte seulement une amende de cent francs contre le notaire contrevenant : d'où il suit qu'un testament ne serait pas nul parce qu'il ne contiendrait pas les *prénoms* du testateur, ni sa *qualité*, ni sa *demeure*. Les nullités ne se suppléent pas. Seulement le notaire serait passible de l'amende prononcée par cet article.

91. Il n'y aurait pas non plus nullité quand bien même le notaire aurait reçu le testament sans connaître personnellement le testateur, et sans s'être fait attester son nom, son état et sa demeure par

deux témoins, comme le veut l'article 11 précité, qui exige que ces témoins réunissent les qualités requises pour être témoins instrumentaires; car la peine de nullité n'est pas non plus prononcée pour cette infraction par l'article 68 de ladite loi.

92. L'art. 973 du Code porte que « le testament « doit être signé par le testateur; s'il déclare qu'il « ne sait ou ne peut signer, il en doit être fait men- « tion, ainsi que de la cause qui l'a empêché de si- « gner. »

Ainsi cet article n'exige pas la mention que le testateur a signé, et l'article suivant n'exige pas davantage celle de la signature des témoins, ni même celle que tel ou tel d'entre eux n'a pu le faire.

Tandis que les art. 14 et 68 de la loi de ventôse combinés veulent expressément ces diverses mentions, à peine de nullité.

Ils prescrivent pareillement, et sous la même peine, la mention de la signature des notaires, signature par conséquent que rien ne saurait suppléer.

Mais un avis du Conseil-d'État du 16 juin 1810, approuvé le 20 du même mois, et inséré au Bulletin des Lois (1), a décidé par *interprétation* (2) de

(1) Sous le n° 5603.

(2) C'est une interprétation *utilitatis causâ*, ainsi que les considérans de *l'avis* le disent eux-mêmes. On a voulu soustraire à la nullité une multitude d'actes qui, par l'oubli ou l'incurie des notaires, ne contiendraient pas la mention de la signature de ces officiers publics.

la loi de ventôse, et pour tous les actes notariés en général, que la peine de nullité prononcée par l'art. 68 de cette loi ne doit être appliquée qu'au défaut de mention de signature, soit des parties, soit des témoins, et non au défaut de mention de la signature des notaires qui ont reçu l'acte; attendu que, si cette mention a un but utile en tant qu'elle s'applique à la signature des parties et des témoins, cette raison cesse à l'égard des notaires eux-mêmes, dont la signature, toujours exigée, est publique, et devient la certification des autres.

93. Il s'est d'abord élevé des doutes sur le point de savoir si la loi de ventôse était applicable aux testamens en tant qu'elle prononce la peine de nullité pour défaut de mention de la signature du testateur ou des témoins. On avait prétendu que non, en argumentant, en ce qui concerne le testateur, de l'art. 973, qui prévoit le cas où il signe le testament, et le cas contraire, et qui n'exige cependant la mention que dans le dernier : d'où l'on voulait conclure que le Code avait en ce point modifié la loi de ventôse; qu'on pouvait d'autant plus naturellement le penser, que la mention de la signature apposée par le testateur n'a, disait-on, aucune utilité, puisque la signature elle-même est la preuve de son existence, et que, par sa relation avec le nom du testateur exprimé dans le corps de l'acte, elle offre toute certitude à cet égard; qu'ainsi, il était impossible que cette mention ajou-

tât quelque chose à l'authenticité de la signature.

Mais cette doctrine n'a point prévalu : l'opinion commune des auteurs l'a repoussée, et la jurisprudence, après quelques variations, s'est définitivement fixée dans le sens de la nécessité de la mention des signatures du testateur et des témoins, à peine de nullité (1).

On ne peut en effet argumenter du silence du Code à cet égard, pour prétendre qu'il a entendu déroger en ce point à la loi de ventôse ; car, pour être conséquent, il faudrait dire aussi que le Code a voulu déroger à cette loi, même en ce qui concerne la mention de la déclaration de tel ou tel des témoins de ne savoir ou pouvoir signer, dont il ne parle pas non plus ; ce qui serait absurde au dernier point, puisque l'acte ne contenant alors ni la signature de ces témoins, ni la mention qu'ils n'ont pas signé, leur présence à l'acte ne serait certifiée par rien.

Il est d'ailleurs incontestable que la loi de ventôse s'applique, en général, aussi bien aux testamens qu'aux autres actes authentiques, et qu'il n'y a d'exception à ce principe que relativement aux points sur lesquels le Code s'est expliqué spécialement. Un si grand nombre de décisions judiciaires ont confirmé cette doctrine, qu'elle est maintenant hors de controverse. Les auteurs du Code civil, en effet,

---

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Turin, du 18 novembre 1811 (Sirey, 12-2-375); les considérans de l'arrêt de cassation, du 16 février 1814. *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 762.

ont voulu établir quelques conditions spéciales pour les testamens, et non déroger aux règles consacrées par la loi générale pour donner le caractère d'authenticité aux actes publics. Il est invraisemblable qu'ils aient entendu, à l'égard d'actes aussi importans que le sont les testamens, s'écarter aussitôt d'une loi qui venait à peine d'être promulguée.

Au surplus, la mention de la signature du testateur et des témoins, de même que les autres mentions du testament, n'a rien de sacramentel dans les expressions. La Cour de cassation a proclamé ce principe par arrêt du 16 février 1814 (1).

Mais, et ainsi que nous l'avons déjà dit plusieurs fois, si le choix des termes est laissé aux notaires, les expressions qu'ils emploient doivent toujours être telles que la preuve de l'accomplissement de la formalité résulte des termes mêmes de l'acte.

94. La mention que le testateur a déclaré *ne savoir signer* suffit pleinement (2); elle renferme, ou pour mieux dire elle exprime la cause qui l'a empêché de le faire, tout aussi bien que s'il eût dit qu'il ne signait pas parce qu'il ne savait tracer aucun caractère. Mais lorsque le testateur, qui sait d'ailleurs signer, ne peut le faire dans le moment, à raison de la maladie ou d'un

---

(1) *Recueil* de M. Dalloz, 10e livraison, pag. 762.

(2) Arrêt de la Cour de Liége, du 24 novembre 1806. Sirey, 7-2-22. Il y en a plusieurs autres dans ce sens.

accident, alors la cause de l'empêchement doit être mentionnée dans l'acte.

95. Il ne suffit pas, au reste, lorsque le testateur ne signe pas, de faire simplement mention de sa déclaration *qu'il ne sait écrire,* il faut mentionner *qu'il ne sait* ou *ne peut signer;* car il y a des personnes qui savent signer, quoiqu'elles ne sachent point écrire. La Cour de Douai a jugé en ce sens, le 9 novembre 1809 (1), et la Cour de cassation (mais dans une autre matière), le 14 août 1807 (2); la Cour de Bruxelles a toutefois jugé le contraire le 15 mars 1810 (3).

La mention que le testateur *n'a pu signer* n'est pas non plus suffisante (4); il faut exprimer la cause pour laquelle il n'a pu le faire, afin qu'on puisse un jour, en cas de contestation, s'assurer s'il y avait en effet empêchement; or, pour cela, il faut en signaler la cause.

96. La mention que le testateur a signé le testament, et la déclaration faite ensuite par le notaire que, *attendu une faiblesse survenue au testateur, celui-ci n'a pu signer*, n'offre qu'une contradiction apparente, et ne vicie point le testament; l'ensemble de l'acte présente avec vérité

(1) Sirey, 12-2-407.
(2) *Ibid,* 1808-1-47.
(3) *Ibid,* 10-2-258.
(4) Arrêt de la Cour de Caen, du 11 décembre 1822. Sirey, 23-2-128.

ce qui s'est passé, savoir, que le testateur avait, sur la demande du notaire, déclaré qu'il signerait, croyant pouvoir le faire, mais qu'il ne l'a pu ensuite (1).

97. Et lorsque le testateur, après avoir commencé à signer, n'a pu achever sa signature, le notaire doit faire mention de cette circonstance, en déclarant que le testateur n'a pu apposer d'autre signature que celle-là à raison, de la faiblesse qui lui est survenue (2).

98. Mais si la mort surprend le testateur avant qu'il ait complétement signé, ou même avant que tous les témoins et le notaire l'aient pareillement fait, le testament est nul. Il importerait peu que le notaire eût déjà constaté dans l'acte que la lecture a été donnée au testateur, et qu'il eût aussi fait mention des signatures déjà mises : c'est la sienne qui clot le testament et lui donne sa perfection, et le testament ne peut se terminer que du vivant du testateur. On est unanimement d'accord sur ce point.

99. Si le testateur savait signer, sa déclaration *de ne le savoir* prouverait qu'il n'a pas librement

---

(1) Arrêt de rejet, du 21 juillet 1806. Sirey, 6-2-950. Telle est aussi l'opinion commune des interprètes du Code.

(2) Cependant un arrêt de la Cour de Toulouse, du 5 avril 1818 (Sirey, 1823-2-68), a annulé un testament dans une circonstance à peu près semblable.

testé; en conséquence, si la preuve qu'il savait signer était fournie, par exemple si l'on produisait des actes reconnus pour avoir été signés de lui, le testament serait annulé (1).

100. La mention de la signature du testateur, ou celle qu'il ne sait ou ne peut signer, ainsi qne de la cause qui l'empêche de le faire, doit être placée après toutes les autres mentions exigées par la loi : autrement les dispositions, clauses, déclarations ou autres mentions ne seraient pas certifiées et sanctionnées par elle, comme elles doivent l'être. C'est ce qu'a jugé la Cour de Douai, par l'arrêt du 9 novembre 1809, cité *suprà*, en se fondant sur ce motif, et aussi sur ce que l'article 14 de la loi du 25 ventôse an XI prescrit de faire cette mention *à la fin de l'acte*.

Toutefois, la jurisprudence n'est pas uniforme sur ce point; car la Cour de Dijon a jugé, au contraire(2), que la déclaration du testateur avait pu être faite *dans le corps de l'acte*, et avant une *disposition* additionnelle; attendu, dit l'arrêt, que la loi de ventôse ne s'applique point à ce cas, parce que l'article 973 du Code dispose sur le même objet que l'article 14 de cette loi, et qu'il ne prescrit pas de faire cette mention à la fin de l'acte.

---

(1) *Voy.* les arrêts de Grenoble, du 25 juillet 1810 (Sirey, 11-2-377) de Trèves, du 18 novembre 1812 (Sirey, 1813-2-366); et de Limoges, du 26 novembre 1823. (Sirey, 26-2-180.)

(2) Arrêt du 8 janvier 1811. Sirey, 11-2-439.

Mais il est évident, selon nous du moins, que la disposition additionnelle n'était pas sanctionnée ni certifiée par cette mention, qui la précédait, et que la nullité de cette même disposition entraînait la nullité de l'acte dans son ensemble, ainsi que l'a jugé la Cour suprême par arrêt de cassation du 13 décembre 1809 (1).

Il en serait autrement si l'addition n'était point une *disposition*, mais une simple explication que le juge aurait pu suppléer (2).

Quant aux renvois, quoique placés après la mention de la lecture, ils sont censés faire corps avec l'acte, et être à leur place respective, par conséquent avant la mention (3).

Mais il faut toujours qu'ils soient avant les signatures, lesquelles forment la conclusion de l'acte.

101. Les diverses mentions, que le testament a été écrit par le notaire et dicté par le testateur, ainsi que celles relatives à la lecture et aux signatures, soit du testateur, soit du notaire, doivent régulièrement être placées dans la bouche de cet officier public, et non dans celle du testateur. L'article 5 de l'ordonnance de 1735 voulait spécialement que la mention de la lecture donnée au testateur par le notaire fût faite *par ledit notaire ou tabellion.* Nonobstant cette

---

(1) Sirey, 9-2-432.

(2) *Facit* L. 21, § 1, ff. *qui testam. facere poss.*

(3) *Sic* jugé en cassation, le 3 août 1808. Sirey, 1808-1-557.

disposition formelle, un usage abusif s'était maintenu dans le ressort du parlement de Flandre, où bien souvent le testateur parlait seul dans le testament, même en ce qui concernait les mentions de la lecture et de la signature; de manière que le notaire ne jouait qu'un rôle de scribe dans la rédaction de l'acte, et le testateur remplissait celui de l'officier public ; il était ainsi le ministre qui attestait ses volontés. On prétendait justifier cet usage en disant que, par sa signature, le notaire s'appropriait les déclarations du testateur en ce qui concernait les diverses mentions exigées. Mais cet usage étant contraire à l'ordonnance sur *les testamens*, et à ce qui se pratiquait généralement dans le royaume pour les actes notariés en général, une déclaration du roi en ordonna l'abolition, en maintenant néanmoins les testamens faits sous l'influence de cet usage.

L'article 14 de la loi de ventôse, pour l'inobservation duquel l'article 68 de la même loi prononce la peine de nullité, porte aussi que *les notaires* devront faire mention de la signature des parties. Cependant, comme le Code civil n'exige pas, à peine de nullité du testament, que les mentions soient mises dans la bouche du notaire, plutôt que dans celle du testateur, nous ne pensons pas que l'on dût annuler un testament par cela seul que ces mentions se trouveraient en effet exprimées par le disposant. Si, d'une part, toutes les formalités des testamens sont de rigueur; d'autre part aussi

les nullités ne doivent être prononcées par le juge que lorsque la loi elle-même les a prononcées d'avance, et l'exemple des lois anciennes ne suffit pas pour autoriser les magistrats à annuler un testament pour une semblable cause, quand la loi nouvelle ne s'en est pas expliquée formellement.

§ IX.

De la signature des témoins.

102. Suivant l'art. 974, le testament doit être signé par les témoins ; néanmoins dans les campagnes, il suffit qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et par deux des quatre témoins, s'il est reçu par un notaire.

L'ordonnance de 1735 (art. 45) voulait, dans les cas et dans les pays où le nombre de deux témoins n'était pas suffisant, qu'il ne pût être admis que des témoins qui sussent et pussent signer, lorsque les testamens, codicilles ou autres dispositions à cause de mort se faisaient dans les *villes ou bourgs fermés ;* et, dans les autres lieux, qu'il y eût au moins deux témoins sachant et pouvant signer, et à la charge par le notaire de faire mention de la présence des autres témoins, ainsi que de leur déclaration de ne savoir ou ne pouvoir signer.

Le Code se sert de l'expression *campagnes*, dont le sens est bien moins déterminé que celui des termes de l'ordonnance, par opposition aux *villes ou bourgs fermés ;* aussi est-ce au juge du fonds à décider, dans

les cas douteux, et par l'appréciation des circonstances locales, si *tel endroit*, où a été reçu le testament, doit être réputé *campagne*, dans le sens de l'art. 974. Mais il ne doit pas dire que tout ce qui n'est pas *ville* ou *bourg fermé* est réputé campagne, ainsi qu'on aurait pu l'inférer anciennement des termes de l'ordonnance ; car il établirait de la sorte une règle qui n'est pas écrite dans la loi, pour en faire résulter une conséquence qui n'est point non plus dans l'esprit du Code (1).

103. La mention que tel ou tel des témoins n'a pas signé est exigée à peine de nullité par l'art. 14 de la loi de ventôse, dont la disposition nous paraît applicable aussi aux testamens, malgré le silence du Code sur ce point ; mais cette loi, non plus que le Code civil, n'exige pas la mention particulière de la cause qui a empêché le témoin de signer. Les notaires feront toutefois sagement de ne point l'omettre : ils préviendront peut-être par là un procès

§ X.

Des qualités que doivent avoir les témoins.

104. Une règle commune aux témoins des testamens soit par acte public, soit en la forme mys-

(1) *Voy.* l'arrêt du 10 juin 1817 (Sirey, 17-1-11), qui, en confirmant une décision de la Cour de Poitiers rendue en ce sens, s'exprime ainsi : « Attendu que la Cour de Poitiers n'a point adopté le principe, *que tout ce qui n'est pas ville, est réputé campagne,* professé par « les premiers juges; mais qu'en appréciant plusieurs circonstances « locales, dont il fait l'énumération, l'arrêt en a inféré, etc. ; rejette. »

tique, c'est qu'ils doivent être mâles, majeurs, sujets du Roi, et jouissant des droits civils (art. 980).

Et comme il est nécessaire qu'ils voient la personne qui teste, afin de prévenir les fraudes; qu'ils l'entendent aussi dicter ses dispositions, et enfin qu'ils puissent rendre témoignage des faits, s'il y a lieu, il s'ensuit que l'aveugle, le sourd, et le muet qui ne sait pas écrire, ne peuvent être témoins aux testamens.

105. L'étranger simplement admis par le Roi à établir son domicile en France, et qui y jouit en conséquence des droits civils, conformément à l'art. 13 du Code, n'a pas qualité pour être témoin aux testamens : il n'est pas sujet du Roi, il est encore étranger (1): et il ne suffit pas, pour être témoin à ces actes, de jouir des droits civils en France. il faut être Français d'origine, ou l'être devenu (2).

106. Les témoins ne doivent pas seulement jouir des droits civils, ils doivent aussi les exercer : le mot *jouissant*, dans l'art. 980, est synonyme *d'exerçant*. En effet, un interdit pour démence, par exemple, jouit des droits civils, mais il ne les exerce pas; c'est un autre qui les exerce pour lui; or, il ne peut être témoin dans les actes, car il est assimilé pour sa *personne* aux mineurs en tutelle (art. 509).

---

(1) Arrêt de la Cour de Rouen, et ensuite arrêt de rejet, du 28 janvier 1811. (Sirey, 11-1-243.) La Cour de Turin avait toutefois jugé le contraire, le 10 avril 1809. Sirey, 10-2-85.

(2) *Voy.* tom. Ier, no 140 et suivans.

Il en est de même de ceux qui sont dans l'un des cas prévus à l'art. 42 du Code pénal : ils jouissent incontestablement des droits civils, mais *l'exercice* de certains de ces droits, notamment de celui d'être témoin dans les actes, leur est interdit pendant le temps déterminé par le jugement; et durant ce temps, ils ne peuvent être témoins aux testamens.

107. Ceux qui ont été condamnés aux travaux forcés à temps, à la réclusion, à la détention ou au bannissement, ne peuvent jamais être témoins (art. 28 du Code pénal), à moins qu'ils n'aient été réhabilités (art. 633 du Code d'inst. crim.).

108. Quant à l'individu placé sous l'assistance d'un conseil judiciaire, il peut sans difficulté être témoin aux testamens ; car, non seulement il jouit des droits civils, mais encore il les exerce, sous les restrictions résultant de la mise sous l'assistance du conseil, et qui consistent seulement en ce qu'il ne peut faire seul, à l'effet d'être valablement obligé, certains actes spécifiés par la loi. Mais il ne faut pas l'assimiler à l'interdit pour démence, puisqu'il peut se marier, tester, etc., sans avoir même besoin de l'assistance du conseil qui lui a été donné. En un mot, aucune disposition de la loi ne repousse son témoignage, car il jouit des droits civils tout comme un autre, quoiqu'il ne les exerce pas tout aussi pleinement qu'un autre.

109. Si, lors de la confection du testament, un témoin se trouvait privé d'une qualité nécessaire

qu'on lui reconnaissait cependant généralement, le testament ne serait pas nul pour cela. On appliquerait à ce cas la maxime *error communis facit jus*, que les jurisconsultes, comme nous avons déjà eu occasion de le dire, ont déduite de la célèbre loi *Barbarius Philippus* (1).

C'est d'après ce principe que Justinien décide, dans ses *Institutes* (2), qu'un testament n'est pas nul par cela seul qu'un esclave, qui passait publiquement pour homme libre, y a figuré comme témoin; et la Cour de Limoges, par son arrêt du 7 septembre 1809 (3), a sainement appliqué cette doctrine, en maintenant un testament auquel avait figuré comme témoin (nécessaire à raison du nombre), un individu que l'on croyait généralement dans le pays investi de la jouissance des droits civils, dans le sens de l'art. 980, tandis qu'il en était privé, parce qu'il était, lors de l'acte, sous le coup d'une condamnation pour fait de désertion.

La Cour n'a pas même voulu admettre la preuve de ce fait, par application de la règle ci-dessus.

110. L'art. 9 de la loi de ventôse exige, à peine de nullité, par son rapprochement avec l'art. 68, que les témoins aux actes publics soient *citoyens français, sachant signer, et domiciliés dans l'arrondissement communal où l'acte est passé.* Mais cet

---

(1) 3 ff. *de officio prætorum.*

(2) § 7, tit. *de testamentis ordinandis.*

(3) Sirey, 1813-2-335.

article n'est point applicable aux témoins appelés aux testamens, attendu que le Code civil qui lui est postérieur, statue formellement, par l'art. 980, sur les qualités générales et personnelles que doivent réunir les témoins appelés à ces actes, et qu'il exige seulement qu'ils soient mâles, majeurs, sujets du Roi, et jouissant des droits civils; disposition qui serait une véritable superfétation dans le Code si les témoins devaient réunir en leur personne toutes les qualités et conditions prescrites par la loi de ventôse, puisque ces qualités et conditions renfermaient déjà en elles-mêmes celles exigées par le Code civil.

Cette modification, d'ailleurs, s'explique et se justifie facilement. Les testamens sont des actes destinés à rester secrets jusqu'à leur exécution, et pour lesquels il faut ordinairement un plus grand nombre de témoins que pour les autres ; on n'a donc pas dû par trop circonscrire le nombre des personnes qu'un testateur se proposerait de rendre confidentes de ses plus secrètes volontés, en exigeant qu'il ne pût faire choix que d'individus jouissant non-seulement des droits civils, mais encore de la qualité de *citoyens* français, et de plus domiciliés dans l'arrondissement communal où il ferait recevoir son testament.

111. Aussi, peut-il y appeler un individu en état de domesticité, pourvu qu'il soit mâle, majeur, sujet du Roi, jouissant des droits civils, et qu'il ne soit point d'ailleurs au nombre des personnes dont

le Code lui-même repousse le témoignage pour cause de dépendance ou de suspicion ; tandis que d'après la constitution de l'an VIII, que nous ne croyons pas abrogée en ce point par la Charte, l'individu en état de domesticité étant privé de l'exercice des droits de *citoyen*, n'aurait pu être témoin au testament, suivant la loi du 15 ventôse an XI.

112. Le testateur peut, par les mêmes motifs, appeler comme témoins à son testament, des individus réunissant les qualités ci-dessus, quoiqu'ils soient domiciliés hors de l'arrondissement communal où l'acte est reçu. Ce dernier point, qui a fait d'abord quelque difficulté a été jugé en ce sens par une foule d'arrêts, et il doit maintenant être à l'abri de toute controverse (1).

Du reste, et ainsi que nous l'avons dit plus haut, la loi de ventôse, qui prescrit aux notaires, sous peine de nullité, de faire mention de la demeure des témoins, doit être observée, attendu que ce n'est pas là une *qualité* des témoins régie par le Code, mais une formalité des actes publics. Il faut en effet que l'on puisse vérifier si ces témoins réunissaient toutes les conditions et qualités requises, et, pour cela, il est nécessaire que l'acte indique leur demeure,

113. Suivant l'art. 975, « ne peuvent être pris

---

(1) La jurisprudence a reçu une sanction définitive par l'arrêt de cassation du 4 janvier 1826. Sirey, 26-1-294,

« pour témoins du testament par acte public, ni « les légataires, à quelque titre qu'ils soient, ni leurs « parens ou alliés jusqu'au quatrième degré inclu- « sivement, ni les clers des notaires par lesquels « les actes seront reçus. »

114. Quoique l'on ne parle pas ici des *conjoints* des légataires, il ne nous paraît néanmoins pas douteux qu'ils ne pourraient être témoins au testament. Peu importe que l'un des époux ne soit pas à proprement parler *l'allié* de son conjoint (1): il est la source de l'alliance, il se trouve par cela même implicitement compris dans la prohibition portée contre les *alliés*. Dans les lois, le conjoint est toujours mis, quant aux causes de *reproche* ou de *récusation*, sur la même ligne que les alliés; et il serait par trop absurde que le mari d'une légataire pût être témoin au testament, tandis que le parent de ce même mari, par exemple, son frère ou son neveu, ne pourrait l'être.

115. Cet art. 975 étend, comme on le voit, aux parens ou alliés des légataires au degré de germain, l'incapacité que, en collatérale, la loi du 25 ventôse n'établit qu'à l'égard des parens ou alliés jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, c'est-à-dire au troisième degré seulement.

Mais d'un autre côté, il ne parle pas des servi-

---

(1) On définit *l'alliance*, le lien qui unit l'un des conjoints aux parens de l'autre.

teurs des légataires, tandis que d'après la loi de ventôse, les serviteurs des parties ou de ceux en faveur desquels l'acte contiendrait quelque disposition ne peuvent être témoins instrumentaires; et la Cour de Caen a jugé (1) que le serviteur d'un légataire avait pu figurer comme témoin au testament, attendu, porte l'arrêt, que le Code civil s'explique sur les qualités que doivent avoir les témoins, ainsi que sur les causes qui les empêchent de figurer au testament, et ne prohibe pas l'admission des serviteurs des légataires; qu'en ce point le Code a modifié la loi générale sur le notariat.

Mais s'il en était ainsi, il faudrait dire également, et par application des mêmes raisonnemens, que les serviteurs des notaires par qui le testament est reçu peuvent aussi figurer comme témoins instrumentaires, car le Code ne les exclut pas plus que les serviteurs des légataires, puisqu'il n'en parle pas davantage. Il faudrait pareillement décider que les parens ou alliés des notaires, dont la loi de ventôse repousse le témoignage en ligne directe à l'infini, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu, sont également propres à être témoins à l'acte testamentaire; mais alors quelles vues contradictoires n'est-on pas obligé de supposer au législateur! Quoi! il aura suspecté, et rejeté des testamens, le témoignage des cousins et alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement, témoignage qu'il admet

(1) Arrêt du 4 décembre 1812. Sirey, 1813-2-65.

cependant à ce dernier degré dans les autres actes publics; et d'un autre côté il aura voulu accueillir celui des serviteurs de ces mêmes légataires, ainsi que celui des parens, alliés et serviteurs des notaires, qu'il repousse pareillement quand il s'agit de tout autre acte! Cela serait d'une inconséquence et d'une absurdité vraiment choquantes. La dépendance du serviteur d'un légataire ou du notaire est assurément la même, quelle que soit l'espèce d'acte dont il s'agisse, et dès que l'on rejette le témoignage des clercs du notaire par ce motif, on doit également repousser celui de ses serviteurs, de ses parens ou alliés, jusqu'au degré d'oncle ou de neveu, puisque la loi générale les met tous sur la même ligne quant à cet objet. Cette décision n'est point contraire à ce que nous venons de dire, que c'est le Code civil qui règle les qualités générales que doivent avoir les témoins appelés aux testamens; car nous n'établissons cette proposition que sous le rapport des qualités personnelles requises dans chaque individu, abstraction faite de la personne du testateur; tandis qu'ici c'est un autre ordre de capacité, une capacité relative, si l'on peut s'exprimer ainsi, la capacité d'être témoin au testament de telle personne. Or, le Code n'a point fixé de règles absolues touchant cette capacité; il s'explique seulement à l'égard des parens ou alliés des légataires jusqu'au quatrième degré inclusivement, et à l'égard aussi des clercs des notaires par qui l'acte est reçu. Sous ce rapport, ses dispositions sont

incomplètes, il faut le dire, mais rien ne porte à croire qu'elles sont conçues dans un sens restrictif. Le simple bon sens enseigne, au contraire, que le fils du notaire, par exemple, ne peut pas rendre témoignage de la sincérité avec laquelle son père a exercé son ministère dans la rédaction du testament, ou bien le législateur serait inconséquent d'avoir écarté le clerc de ce même notaire. Le ministère de cet officier public serait réellement vicié par un pareil témoignage, parce qu'il ne l'excercerait plus environné des garanties que la loi a cherché dans la présence de personnes placées hors de son influence.

Ce seul exemple suffit pour démontrer que l'argument tiré du silence du Code sur ces points n'est rien moins que concluant, et la même chose peut se dire du témoignage du serviteur de ce notaire; à plus forte raison du témoignage du serviteur du légataire, qui est frappé, s'il est possible, d'un caractère de suspicion encore plus prononcé, à cause de l'état de dépendance dans laquelle se trouve ce serviteur vis-à-vis de celui qui a intérêt à l'existence du testament.

116. Quant aux parens ou alliés ou serviteurs du testateur, dont le Code ne parle pas non plus, c'est autre chose : leur témoignage n'a rien de suspect dès que le testament ne contient aucune disposition en leur faveur, ni en faveur de leurs parens ou alliés aux degrés probibés.

La loi de ventôse, en tant qu'elle repousse le témoignage des parens, alliés ou serviteurs *des parties*, n'est point applicable à ce cas, attèndu que le testateur ne doit pas être considéré, dans le sens de cette loi, comme *partie*; car il n'est point intéressé dans le testament; il ne doit rien lui en revenir. Le droit romain repoussait, il est vrai, le témoignage de ceux qui étaient placés sous la puissance du testateur au moment où il testait, mais c'est parce qu'ils étaient censés, aux yeux de la loi, ne faire qu'une seule et même personne avec lui, et nullement parce que leur témoignage paraissait suspect. C'est uniquement en ce sens qu'il faut entendre ces mots du § 9 aux Institutes, tit. *de Test. ordinad.*: *Reprobatum est in eâ re domesticum testimonium.* Cela est si vrai, que le fils émancipé pouvait valablement être témoin au testament de son père (1).

117. Les témoins peuvent être parens ou alliés entre eux aux degrés auxquels les notaires ne pourraient l'être pour pouvoir valablement recevoir le testament; rien dans la loi de ventôse ni dans le Code ne s'y oppose; et c'était un principe certain dans le droit romain, que le père et le fils pouvaient figurer comme témoins dans le même testament : *Nihil nocet ex unâ domo plures testes alieno negotio adhiberi;* L. 22. *ff. qui testam. facere*

(1) *Voy.* Vinnius, sur ce paragraphe.

possunt (1). Ricard (2) et Furgole (3) le décident aussi de la manière la plus formelle.

Cependant on a voulu prétendre le contraire devant la Cour de Bruxelles, en demandant la nullité d'un testament auquel avaient figuré, comme témoins, des individus parens entr'eux à un degré qui n'aurait pas permis aux notaires de recevoir l'acte. On se fondait sur ce que, dans son rapport au Tribunat, au nom de la section de législation, le tribun Favard s'était exprimé de la manière la plus positive à ce sujet, en disant : « Les témoins ne « doivent pas même être *parens entre eux*. Cette « prohibition est fondée sur les mêmes motifs qui « les excluent lorsqu'ils sont parens des parties con- « tractantes : les témoins doivent être, comme les « notaires, à l'abri de tout soupçon personnel (4). » Mais, par arrêt du 25 mars 1806 (5), la Cour rejeta cette prétention, qui n'avait aucun fondement dans la loi.

118. La disposition qui exclut du testament par acte public le témoignage des légataires, à quelque titre qu'ils soient, ainsi que celui de leurs parens ou alliés jusqu'au quatrième degré, est applicable aussi à ceux qui, sans être légataires directs, rece-

---

(1) La L. 17 ff. *de testibus*, et le § 8, aux Institutes de *testam. ordinandis*, consacrent absolument la même règle.

(2) *Traité des donations*, part. 1re, chap. 5, sect. 3, n° 1956.

(3) *Traité des Testamens*, chap. 3, sect. 2, n° 6.

(4) *Code civil et motifs*, édition Didot, tit. 7, pag. 302.

(5) Sirey, 13-2-51.

vraient néanmoins quelque chose de la volonté du testateur : par exemple, s'il léguait à Paul sa maison, à condition de donner mille écus à Pierre, ce dernier ne pourrait être témoin au testament. C'est en effet comme s'il eût dit : Je lègue ma maison à Paul, moins une valeur de mille écus qui sera prise sur celle de cette maison, pour être payée par Paul à Pierre. Aussi verrons-nous plus loin que, presque sous tous les rapports, notamment sous celui de la capacité, le tiers est assimilé à un légataire ordinaire.

119. Au reste, le peu d'importance du legs n'efface point l'incapacité du légataire de porter témoignage dans le testament.

120. Le testament dans lequel l'un des témoins était incapable est nul dans son entier, lors même que la cause de l'incapacité serait la parenté où l'alliance de ce témoin avec un des légataires. Il n'y a pas seulement d'annulé le legs fait au parent du témoin, l'acte tombe dans toutes ses dispositions.

Par la même raison, dans le cas d'une substitution vulgaire, si l'institution est nulle pour cause de parenté d'un témoin avec l'institué, la substitution est pareillement nulle, parce que le vice de forme règne sur l'acte entier (1).

121. Mais si, outre le témoin incapable, il en restait un nombre suffisant réunissant chacun toutes

---

(1) *Sic* jugé à Metz, le 1er février 1821. Sirey, 22-2-361.

les conditions requises, et à l'égard desquels toutes les formalités en ce qui concerne la rédaction de l'acte auraient d'ailleurs été observées, nul doute que le testament ne fût valable, nonobstant l'incapacité de ce témoin. : *Utile per inutile non vitiatur.*

122. Suivant l'art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires, dans les cas où leurs actes sont annulés, sont tenus des dommages-intérêts des parties, *s'il y a lieu.* On doit donc leur appliquer cette disposition, lorsque c'est par suite de leur faute que les testamens sont annulés; et ils n'ont point pour cela de recours contre les héritiers à qui la nullité est avantageuse ; ces derniers ne sont pas censés gagner pour cela, et s'enrichir aux dépens du notaire condamné : ils évitent seulement le préjudice qu'aurait pu leur causer le testament. D'ailleurs, *qui culpâ suâ damnum sentit, nullum damnum sentire censetur.*

Mais les tribunaux ne doivent déclarer les notaires responsables qu'autant que la faute par eux commise est d'une nature grave : par exemple, si deux notaires parens ou alliés entre eux aux degrés prohibés par la loi de ventôse, avaient reçu le testament, il ne serait point douteux qu'ils ne fussent passibles des dommages-intérêts des parties lésées par la nullité de l'acte ; et toute autre faute analogue les rendrait également responsables ; il ne serait même pas nécessaire qu'elle fût aussi grave.

Mais quand le testament ne sera annulé qu'en

raison de l'inobservation d'une formalité sur la nécessité de laquelle les jurisconsultes et les tribunaux eux mêmes n'étaient pas bien fixés, ainsi que la matière des testamens en offre de si nombreux exemples, alors les notaires doivent être à l'abri de toute responsabilité. Le plus souvent même, l'omission d'une mention ou d'une formalité clairement indiquée par la loi, ou une mention irrégulière qui aura suffi pour faire annuler le testament, ne suffira cependant pas encore pour rendre le notaire ou les notaires responsables. Les tribunaux ont à cet égard un pouvoir discrétionnaire, qui leur est attribué par la loi elle-même, en ces termes, *s'il y a lieu*. On sent en effet combien il eût été rigoureux, pour une faute d'inattention, une simple négligence, un oubli, de soumettre un officier public à une responsabilité absolue, qui souvent aurait pu consommer sa ruine.

Sans doute, en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un préjudice oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, et l'on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui que l'on cause par sa négligence ou son imprudence (art. 1382 et 1383). Nous ajouterons même qu'il est de principe aussi que celui qui exerce une profession ou un art est censé promettre l'habileté suffisante pour l'exercer comme il faut : *Is qui profitetur artem, profiteri quoque peritiam censetur.* Mais l'application de ces mêmes

principes doit se faire avec sagesse et humanité : tel est le vœu du législateur. Les fonctions des notaires seraient par trop périlleuses, si ces officiers publics devaient être responsables, dans tous les cas, de la nullité de leurs actes ; la raison eût alors demandé qu'ils pussent stipuler des honoraires en conséquence, et même en quelque sorte une prime d'assurance. Mais telle n'est pas la pensée de la loi ; elle les rend, il est vrai, responsables, mais *s'il y a lieu*, comme sous une condition, laissant ainsi aux tribunaux le soin de voir si le cas s'est réalisé. Ses dispositions à cet égard sont pleines de sagesse, surtout dans une législation qui ne rend point les juges responsables des suites de leurs jugemens, quand ce n'est que par impéritie qu'ils les ont rendus, quoique ce fût contre le texte formel des lois.

SECTION III.

Du testament mystique.

SOMMAIRE.

123. *Il n'est pas de rigueur que le testament mystique soit écrit par le testateur, ni même qu'il soit signé, et généralement la date n'est pas nécessaire.*
124. *Le papier est clos et scellé.*
125. *Présentation du testament à un notaire en présence de six témoins.*
126. *Déclaration du testateur.*
127. *Procès-verbal ou acte de suscription dressé par le notaire en présence des témoins.*

128. *Signature de l'acte de suscription par le testateur, le notaire et les témoins.*

129. *Unité de contexte.*

130. *Mention indispensable, et celles qui ne le sont pas. Arrêts divers.*

131. *Quand le testateur n'a su ou pu signer lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, un témoin de plus à l'acte de suscription est nécessaire.*

132. *Cas où le testateur ne peut parler, mais qu'il peut écrire.*

133. *Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne peuvent faire de testament mystique.*

134. *Le sourd ou le muet qui ne sait ou ne peut lire, et qui par conséquent ne sait écrire, ne peut pas tester du tout.*

135. *Pour faire un testament mystique, il ne suffit pas de pouvoir lire l'écriture moulée, il faut pouvoir lire l'écriture à la main.*

136. *L'affaiblissement de la vue n'empêche pas de tester en cette forme; diverses propositions.*

137. *L'acte de suscription doit être daté.*

138. *Le testament mystique nul comme tel vaut comme olographe, s'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.*

139. *Les témoins pris pour le testament mystique doivent réunir les qualités exprimées à l'art.* 980.

140. *Les légataires, dans ce testament, peuvent être choisis pour témoins.*

141. *Mais non les clercs et les serviteurs du notaire, ainsi que ses parens ou alliés aux degrés déterminés par la loi du* 25 *ventôse an* XI.

142. *Objection relativement à l'admission des légataires comme témoins au testament mystique, et réfutation.*

143. *Un legs fait dans le testament au notaire qui dresse l'acte de suscription ne le vicie pas, et le legs n'est pas moins bon.*

144. *L'art.* 974, *suivant lequel il suffit, dans les* campagnes, *que*

la moitié des témoins signent le testament, n'est pas applicable aux testamens mystiques.

145. *Le testament mystique régulier participe des caractères de l'acte authentique.*

123. Les formalités du testament mystique sont, lorsque le testateur sait signer :

1° Que le testament soit écrit et signé par lui, ou au moins signé de lui. (Art. 976.)

Il n'est pas de rigueur que le testament soit daté, le Code ne le prescrit pas. L'acte de suscription étant reçu par un officier public, doit être nécessairement daté, et il donne par cela même la date au testament qui n'en a pas, ou qui n'en a qu'une imparfaite (1).

124. 2° Que le papier qui contient les dispositions, ou celui qui sert d'enveloppe, s'il y en a une, soit clos et scellé par le notaire en présence des témoins. (*Ibid.*)

Il faut que le testament soit *scellé*, par conséquent qu'il y ait l'empreinte d'un *sceau*, ou une empreinte quelconque. On a jugé en cassation, le 7 août 1810 (2), qu'un testament mystique dont l'enveloppe était cachetée avec un simple pain à cacheter était nul comme non *scellé;* il était *clos*, mais il n'était pas *scellé*, et la loi veut qu'il soit *clos* et *scellé*. Il serait en effet plus facile d'ouvrir le paquet sans fracture apparente, lorsqu'il n'y aurait

(1) Arrêt de rejet, du 14 mai 1809. Sirey, 9-1-255.

(2) Sirey, 10-1-353.

pas d'empreinte ; or, il faut une empreinte, c'est pour la reconnaître que les notaires et les témoins sont appelés à l'ouverture du testament, d'après l'art. 1007. Mais il n'est pas de rigueur que le testateur se serve d'un cachet qui lui soit propre ; il peut se servir, par exemple, de celui du notaire (1).

125. 3° Il faut que le testateur présente lui-même le testament clos et cacheté à un notaire, en présence de six témoins au moins, ou qu'il le fasse clore et sceller en leur présence. (Même art. 976.)

126. 4° Qu'il déclare, en le présentant, que le contenu en ce papier est son testament écrit et signé de lui, ou écrit par un autre et signé de lui. (*Ibid.*)

Il n'est pas besoin de nommer celui qui a écrit le testament ; la loi ne le prescrit pas.

Et le testament ne serait pas nul non plus quand même il serait écrit par un des témoins appelés à l'acte de suscription, ou même par le notaire qui dresse cet acte (2) ; c'est là un office d'ami. Dailleurs le notaire ne pourrait même pas affirmer que c'est bien ce qu'il a écrit qui lui a été ensuite présenté comme testament mystique pour en dresser l'acte de suscription. Il ne serait pas nul non plus quoique ce fût un des légataires qui l'eût écrit : la loi actuelle

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de cassation, du 8 février 1820. Sirey, 20-1-191.

(2) Arrêt de la Cour de Nismes, du 21 février 1821. (Sirey, 21-2-274.) Dans l'espèce, le notaire qui avait écrit le testament, et qui avait ensuite reçu l'acte de suscription, était même institué légataire dans ce testament.

ne le défend pas. Elle n'a pas maintenu en ce point, puisqu'elle ne s'en est pas expliquée, l'ancienne jurisprudence, qui déclarait nul tout legs fait par testament mystique en faveur de celui qui avait écrit le testament, à moins d'une approbation expresse écrite de la main du testateur.

127. 5° Que le notaire écrive le procès-verbal de ces opérations, qu'on appelle *acte de suscription*, sur le papier même du testament, ou sur la feuille qui sert d'enveloppe. (*Ibid.*)

Mais la loi n'exige pas, à peine de nullité, la mention de l'écriture de l'acte de suscription par le notaire, comme elle exige la mention de l'écriture du testament par le notaire ou par l'un des notaires quand il s'agit du testament par acte public : d'où l'on peut conclure qu'il n'est pas de rigueur que ce soit le notaire lui-même qui écrive l'acte de suscription ; que cet acte serait valablement écrit par un clerc du notaire, ou par un autre. L'art. 976 dit bien, il est vrai, que le notaire *dressera* l'acte de suscription, mais *dresser* un acte n'est pas nécessairement *l'écrire* soi-même, c'est le rédiger ou présider à sa rédaction : aussi la loi du 25 ventôse an XI, qui veut assurément que les notaires *dressent* les actes qu'ils reçoivent, ne leur prescrit néanmoins pas de les écrire eux-mêmes. Dailleurs, il y a une raison de différence sensible d'avec le testament par acte public, c'est que l'acte de suscription ne contient aucune disposition ; ce n'est pas là le testament.

128. 6° Il faut que l'acte de suscription soit signé par le notaire, le testateur et les témoins (*ibid.*); et, en cas que le testateur, par empêchement survenu depuis la signature du testament, ne puisse signer l'acte de suscription, il est fait mention de la déclaration qu'il en a faite, sans qu'il soit besoin, en ce cas, d'augmenter le nombre des témoins. (*Ibid.*)

129. 7° Que toutes les opérations, depuis et y compris la présentation au notaire, soient faites de suite et sans divertir à autres actes. (*Ibid.*)

C'est l'unité de contexte, et qui doit être entendue en ce sens, que non-seulement l'acte de suscription ne doit pas être interrompu pour faire un autre acte, mais encore que tout doit être fait de suite, sans intervalle, du moins sans intervalle notable.

130. Au surplus, la mention que toutes les opérations ci-dessus ont été faites de suite et sans divertir à autres actes, n'est pas exigée d'une manière spéciale; il suffit que l'unité de contexte résulte de l'ensemble des termes de l'acte de suscription. Il en est de même de toutes les autres formalités prescrites par l'art. 976, sauf en ce qui concerne le cas où le testateur n'a pu signer l'acte de suscription par suite d'un empêchement survenu depuis qu'il a signé ses dispositions, et dans lequel il doit être fait mention de sa déclaration à cet égard. Mais, précisément, puisque le législateur a prescrit cette mention dans ce même cas, et n'a prescrit que celle-là, il faut en conclure qu'il n'a pas jugé les autres éga-

lement nécessaires; et comme il n'est pas donné aux juges d'ajouter aux dispositions de la loi, et surtout qu'il appartient à la loi seule d'établir des nullités, on doit tenir en effet, avec la Cour d'Aix, et ensuite avec la Cour de cassation (1), qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par cette première Cour, que le défaut de mention de ces diverses formalités, sauf celle qui est formellement prescrite, n'entraîne point la nullité du testament, pourvu qu'il résulte d'ailleurs du contexte de l'acte de suscription qu'elles ont été observées.

La Cour de cassation elle-même avait cependant jugé précédemment (2), par arrêt de rejet, que la mention de la déclaration du testateur au notaire et aux témoins, que *ce qui est contenu en la présente feuille de papier* (servant d'enveloppe) *est son testament*, n'était pas suffisante; qu'il eût fallu que la mention contînt aussi la déclaration du testateur, que le papier présenté par lui était son testament *écrit et signé de lui*, ou *écrit par un autre et signé de lui.*

Nous ne saurions nous ranger à cette décision : la première, qui est du reste fort bien motivée, nous paraît préférable; car l'art. 976 ne prescrit point ces mentions à peine de nullité, ainsi que les art. 972 et 973 combinés avec l'art. 1001, prescrivent, sous cette peine, celles des formalités dont

---

(1) Arrêt du 8 février 1820. Sirey, 20-1-191.

(2) Le 28 décembre 1812. Sirey, 13-1-369.

ils exigent l'accomplissement. Il faut sans doute aussi que les formalités voulues par cet art. 976 soient ponctuellement observées, mais la preuve de leur observation peut très-bien résulter de l'ensemble et du contexte de l'acte de suscription ; et il faut bien, encore un coup, que le législateur l'ait jugé ainsi, puisqu'il n'a point, dans cet article 976, prescrit ces mentions, si ce n'est la seule dont nous avons parlé.

La Cour de Douai aussi a bien jugé (1) que, quoi qu'il ne soit pas dit par le Code que la présentation d'un testament mystique au notaire par le testateur *en présence des témoins* doive être *mentionnée* à peine de nullité, il y a néanmoins nullité si la présentation au notaire en présence des témoins ne résulte pas *du contexte de l'acte de suscription*. Mais cette décision n'est point contraire à la nôtre : nous l'adoptons même ; car il faut en effet qu'il résulte de l'acte de suscription lui-même que les formalités prescrites ont été observées : la preuve n'en peut être prise ailleurs ; mais la *mention* de ces mêmes formalités est une formalité particulière que le Code ne prescrit point.

131. Voilà pour le cas où le testament est écrit et signé du testateur, ou écrit par un autre et signé de lui ; mais s'il ne savait ou ne pouvait signer lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il doit être ap-

---

(1) Le 7 août 1810. Sirey, 1810-2-353.

pelé à l'acte de suscription un septième témoin, lequel doit signer cet acte avec les autre témoins; et il est fait mention de la cause pour laquelle il a été appelé. (Art. 977.)

132. En cas que le testateur ne puisse parler, mais qu'il puisse écrire, il peut faire aussi un testament mystique, à la charge que le testament sera entièrement écrit, daté et signé de sa main, qu'il le présentera au notaire et aux témoins, et qu'au haut de l'acte de suscription il écrira, en leur présence, que le papier qu'il présente est son testament : après quoi le notaire écrit l'acte de suscription, dans lequel il doit être fait mention que le testateur a écrit ces mots en présence du notaire et des témoins, et doit être, au surplus, observé tout ce qui est prescrit par l'article 976. (Art. 979.)

Puisque, dans le cas où le testateur peut parler, il a pu faire écrire ses dispositions par un autre, et que, suivant l'article 976, il n'était point obligé non plus de les dater, on ne voit réellement pas pourquoi, quand il ne peut parler, on exige qu'il les ait écrites lui-même, et qu'elles soient datées; car, en écrivant en présence du notaire et des témoins que le papier qu'il leur présente est son testament, écrit par un autre et signé de lui, daté ou non, n'importe, il eût donné par-là la même certitude que par une déclaration verbale, dont on se contente, encore une fois, dans le cas même

d'un testament non daté, suivant ce qui a été dit plus haut, et suivant ce qu'a jugé la Cour suprême par l'arrêt que nous avons cité; dont on se contente pareillement dans le cas où le testament est écrit par un tiers et signé du testateur, bien mieux dans le cas encore où il n'est ni écrit ni même signé par lui, exigeant seulement, dans ce cas, un septième témoin à l'acte de suscription, avec mention de la cause pour laquelle il a été appelé. (Art. 977.) Mais telle est la loi; et le testament, dans l'hypothèse dont il s'agit, serait nul si toutes les conditions prescrites par cet art. 979 n'étaient pas rigoureusement remplies; la déclaration du testateur, quoique écrite en présence du notaire et des témoins, avec mention spéciale, a été jugée, à ce qu'il paraît, mais on ne sait réellement pourquoi, offrir moins de certitude, qu'une déclaration verbale, dont la loi n'exige même pas une mention spéciale.

133. Ceux qui ne savent ou ne peuvent lire ne peuvent faire de dispositions dans la forme du testament mystique. (Art. 978.)

134. Et comme ceux qui ne savent ou ne peuvent lire, ne peuvent pareillement écrire, ils ne peuvent non plus faire un testament olographe; en sorte que le muet ou le sourd qui se trouve dans ce cas ne peut pas tester du tout; car celui qui est absolument privé de l'usage de la parole ne peut *dicter* un testament par acte public, et celui qui est absolument sourd

ne pourrait en entendre la lecture, deux conditions essentiellement exigées par l'artice 972.

135. Il ne suffirait pas de savoir lire l'écriture moulée ou d'impression pour pouvoir tester en la forme mystique; il faut savoir lire l'écriture à la main : c'est de celle-là qu'il est ici question.

136. Celui qui est privé de l'usage de la vue ne pouvant pas lire, ne peut par conséquent tester en cette forme, ni dans la forme olographe; mais l'affaiblissement de la vue n'est point la cécité, et si le testateur peut lire au moyen d'une loupe, cela suffit, quoiqu'il ne pût lire que lentement, et même avec difficulté. C'est au surplus un point de fait que les tribunaux jugeraient comme tel d'après les élémens de la cause; en sorte que :

Premièrement, ceux qui attaqueraient le testament ne seraient point obligés de s'inscrire en faux pour prouver l'impuissance de lire dans laquelle était le testateur lorsqu'il a fait écrire ses dispositions; ce n'est point là un fait authentiquement certifié par un officier public.

Mais, secondement, les tribunaux pourraient même rejeter la demande à fin de preuve de cette allégation, si, des circonstances et des divers élémens de la cause, il résultait des motifs suffisans pour former leur conviction que le testateur pouvait lire à cette époque.

Ces deux propositions se trouvent confirmées en ces termes, par l'arrêt de la Cour de cassation du

8 février 1820, cité ci-dessus sous un autre rapport : « La Cour, attendu, sur le premier moyen, « que la Cour royale (d'Aix) n'a pas déclaré inad- « missible en droit la preuve de cécité et d'impuis- « sance absolue de lire; qu'elle s'est bornée à « rejeter l'offre faite de cette preuve, parce qu'il « lui a été démontré, par le concours et l'ensemble « des faits qu'elle relève, *et dont l'appréciation lui « appartenait, ainsi que celle des faits qui pou- « vaient rendre la preuve offerte frustratoire,* que « le testateur n'avait cessé de voir et de pouvoir « lire au moment du testament et de l'acte de sus- « cription, et même le lendemain; qu'en cela la « Cour royale n'a pu violer aucune loi, etc. »

137. L'acte de suscription du testament mystique doit être daté comme les autres actes notariés, et on doit y observer toutes les autres formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI; à peine de nullité de cet acte.

138. Si le testament qu'on a voulu revêtir de la forme mystique est nul pour un vice dans l'acte de suscription, ou pour inobservation d'une disposition prescrite par la loi de ventôse à peine de nullité, par exemple par l'incompétence du notaire ou sa parenté avec le testateur, ou bien à raison de l'incapacité d'un témoin, ou enfin pour quelque autre cause, ce testament ne sera pas nul pour cela s'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il vaudra comme olographe. Et pourquoi en

effet en serait-il autrement? ne se trouve-t-il pas encore réunir tout ce que la loi exige pour les testamens de cette sorte? Quel motif plausible de méconnaître cette règle de raison comme de droit, *utile per inutile non vitiatur?* La Cour d'Aix a jugé en ce sens le 18 janvier 1808 (1), ainsi que celle d'Agen, dont la décision a été confirmée par la Cour suprême, le 6 janvier 1814 (2); et telle est l'opinion commune, notamment celle de Voët, de Furgole, de MM. Merlin et Delvincourt.

Toutefois Ricard (3) était d'un avis contraire, mais son sentiment se trouvait à peu près isolé. Les raisons sur lesquelles il se fondait sont d'ailleurs tellement dénuées de solidité, qu'on est étonné qu'elles aient pu faire impression sur l'esprit d'un jurisconsulte aussi judicieux, et on ne l'est pas moins de la contradiction de principes dans laquelle il est tombé lui-même à ce sujet. Suivant lui, « le « testateur, ayant témoigné vouloir faire son tes- « tament en une forme plus solennelle, il est « censé n'avoir pas eu dessein de confier sa volonté « dans une forme plus commune et moins assurée; « et ainsi ne se trouvant pas parfait en la manière « qu'il a choisie, l'acte qui a été fait n'est point « suffisant pour faire foi de ses intentions. »

Mais précédemment, (au n° 548 de la même

---

(1) Sirey, 10-2-520.

(2) Sirey, 14-1-217. *Voy.* aussi l'arrêt de la Cour de Poitiers, du 28 mai 1825. Sirey, 25-2-259.

(3) *Des Donations*, part. 1re, n° 1610 et suivans.

partie) examinant la question de savoir si, lorsque le testateur a reconnu devant notaire son testament olographe, afin de lui donner le caractère d'acte authentique, l'incapacité du notaire doit vicier ce testament, Ricard lui-même se décide pour la négative : « Vu, dit-il, que le testament et la reconnaissance sont deux actes séparés, qui peuvent « subsister l'un sans l'autre ; de sorte que le défaut « qui se rencontre en l'un, ne peut pas faire préju-« dice à l'autre, qui est demeuré accompli dans « toutes ses formes. »

Mais qui ne sent tout de suite qu'il en est absolument ainsi d'un testament olographe parfait que le testateur a ensuite voulu faire revêtir de la forme mystique ?

C'est d'ailleurs, comme l'observe très bien M. Delvincourt, un pur sophisme que de dire, comme le fait Ricard, que le testateur, en donnant la forme mystique à son testament, a entendu en faire dépendre la validité, de la validité de l'acte qu'il a fait dresser à cet effet. Il a voulu, au contraire, en assurer d'avantage l'exécution, en lui imprimant des formes propres à le garantir des dangers auxquels sont exposés les testamens olographes : *non credendus est*, dit le jurisconsulte Ulpien dans la loi 3, ff. *de testament. militis*, sur un cas analogue, *genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia ; sed magis utroque genere voluisse propter fortuitos casus.*

Enfin le Code, dans l'art. 1318, consacre formelle-

ment le principe *utile per inutile non vitiatur,* en décidant que l'acte nul comme acte authentique, par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public qui l'a reçu, ou par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties. Or, l'acte dont il s'agit peut valoir comme écriture privée, ou, en d'autres termes, comme testament olographe, étant, on le suppose, écrit en entier, daté et signé de la main du testateur.

139. Les témoins pris pour le testament mystique doivent, comme ceux qui sont appelés aux testamens par acte public, être mâles, majeurs, sujets du roi, et jouir des droits civils (art. 980), et n'être ni aveugles ni sourds. Il faut donc se reporter à ce qui a été dit plus haut à ce sujet.

140. Mais la disposition de l'art. 975, qui ne permet pas de prendre pour témoins du testament *par acte public*, les légataires, ni leurs parens ou alliés jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne serait pas applicable aux testamens mystiques. Ces témoins ne connaissent point les dispositions contenues dans le testament : aussi l'ordonnance de 1735 (art. 43) les admettait-elle formellement comme témoins dans cette sorte de testament, et la combinaison des diverses dispositions du Code ne permet pas le plus léger doute à cet égard; car l'art. 980, qui exprime les qualités communes des témoins appelés aux divers testamens reçus dans les cas ordinaires, est placé à la fin de la section,

après tous ceux qui traitent des testamens soit par acte public, soit mystiques, tandis que l'art. 975 s'explique seulement sur les témoins appelés aux testamens par acte public.

141. Quant aux clercs du notaire par qui est reçu l'acte de suscription, et aussi quant à ses serviteurs, c'est autre chose ; la loi du 25 ventôse rejetant indistinctement leur témoignage, et l'acte de suscription étant un acte public, il est clair qu'ils ne pourraient être témoins dans cet acte. Il en est de même des parens ou alliés du notaire en ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement.

142. Si l'on disait, pour exclure les légataires comme témoins de l'acte de suscription, que cet acte et le testament ne forment qu'un tout indivisible, et en conséquence que, de même qu'ils ne pourraient témoigner dans le testament par acte public, de même ils ne doivent pas pouvoir le faire dans le testament mystique, on répondrait, 1° que cette indivisibilité n'est pas de l'essence du testament, puisque, ainsi qu'on vient de le démontrer, s'il était écrit en entier, daté et signé de la main du testeur, il serait valable comme testament olographe, quoique l'acte de suscription fût nul; 2° le testament et l'acte de suscription, au contraire, sont deux actes distincts, divisibles : le premier ne requiert aucun témoignage, et c'est lui qui contient seul les dispositions; d'où il suit que les légataires

peuvent être témoins dans le second, qui ne leur confère rien, mais qui est seulement destiné à assurer la conservation de ces mêmes dispositions. Voilà pourquoi d'après l'ordonnance de 1735, les légataires, même universels, pouvaient être témoins dans les testamens mystiques, tandis qu'ils ne le pouvaient pas dans les autres.

143. Bien mieux, le legs fait au notaire qui dresse l'acte de suscription ne vicierait pas le testament, et le legs serait bon par lui-même, encore que le testament ne pût valoir que comme testament mystique, n'étant pas écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; car le notaire, par l'acte de suscription, n'atteste rien qui le concerne personnellement; il atteste seulement qu'on lui a présenté un papier qu'on lui a dit être un testament, etc.; et c'est à cette déclaration qu'il a donné l'authenticité par l'acte qu'il a dressé à cet effet. Mais cette déclaration n'est pas le testament lui-même (1).

144. Mais d'un autre côté, l'acte 974, suivant lequel, dans les campagnes, il suffit que la moitié des témoins signe, a été jugé plusieurs fois (2) n'être point applicable aux actes de suscription des testa-

---

(1) Ainsi jugé à la Cour de Nismes, le 21 février 1821. (Sircy, 21-2-274.) Dans l'espèce, le notaire avait même écrit le testament olographe, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

(2) *Voy.* notamment l'arrêt de la Cour de Bordeaux, du 12 avril 1808, et ensuite celui de la Cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi, du 20 juillet 1809. Sirey, 9-1-370.

mens mystiques. Il faut que tous signent; la mention que tel ou d'entr'eux n'a pu le faire, n'équipolle point à la signature, parce que l'article 976 exige cette signature d'une manière absolue, sans restriction ni limitation. Que l'on dise tant que l'on voudra que la raison est la même que pour les testamens par acte public, qu'elle a même encore un degré de force de plus, puisque le nombre des témoins exigés est beaucoup plus considérable, et par conséquent qu'il doit être généralement plus difficile, surtout dans les campagnes, de pouvoir s'en procurer un nombre suffisant sachant signer et réunisant d'ailleurs toutes les conditions requises : ces raisonnemens seront vrais, mais néanmoins ils ne sauraient prévaloir contre le texte positif de la loi. Tout est de rigueur en cette matière. On peut sans doute désirer une amélioration dans la loi sur ce point, mais tant qu'elle subsistera telle qu'elle est, il faut se conformer à ses dispositions; or, elles sont positives.

145. Quelle est la nature du testament mystique? Régulier en la forme, c'est un acte authentique, en ce sens que la dénégation de la signature du testateur n'autorise pas le juge à ordonner la vérification de l'écriture, et suspendre l'exécution de l'acte, et encore moins à rejeter sur ceux qui invoquent le testament, l'obligation de prouver, comme dans le testament olographe, que la signature est celle du défunt, à qui elle est attribuée,

La Cour de Bruxelles a jugé en ce sens par son arrêt du 23 mars 1811 (1), et nous croyons que c'est avec raison : car la déclaration du testateur dans l'acte de suscription imprime en quelque sorte à l'écriture privée dont se compose le testament, le caractère de l'authenticité, comme si le notaire eût vu le testateur écrire sous ses yeux. S'il n'en était ainsi, pourquoi l'acte serait-il regardé comme testament, dans le cas où il n'est point écrit par le testateur ; bien mieux, dans le cas même où il n'est ni écrit ni signé par lui ? En matière même d'hypothèques, qui ne peuvent cependant être consenties que par acte passé en forme authentique, devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins (art. 2127), la jurisprudence regarde comme valable l'hypothèque consentie par acte sous signature privée, au moyen du dépôt fait par le débiteur, chez un notaire, de l'acte portant consentement : l'acte de dépôt dressé en conséquence fait participer à son authenticité l'acte privé, et rend la convention d'hypothèque valable. C'est ce qu'a jugé la Cour de Caen, et ensuite la Cour de cassation, en confirmant sa décision, par arrêt du 11 juillet 1815 (2). Or, les raisons sont au moins les mêmes en ce qui concerne le testament mystique.

---

(1) Sirey, 12-2-94.

(2) Sirey, 15-1-336. *Voy.* aussi ce que nous avons dit à ce sujet au tom. III, n° 217 et 218.

SECTION IV.

Des règles particulières sur la forme de certains testamens.

SOMMAIRE.

146. *Dans quatre circonstances on peut tester d'après d'autres formes que celles prescrites pour les cas ordinaires : Division de la section.*

§ Ier.

Du testament militaire.

147. *Personnes qui peuvent faire un testament* jure militari.
148. *Par qui le testament peut être reçu, et des témoins.*
149. *Des signatures.*
150. *Les mentions de l'observation des formalités ne sont pas prescrites à peine de nullité.*
151. *Quelles qualités doivent avoir les témoins.*
152. *Dans quelles circonstances seulement peut-on faire un testament militaire.*
153. *Quand ce testament cesse-t-il d'avoir effet.*
154. *Le Français pris par des pirates ne peut tester* jure militari.
155. *Mesures à prendre pour préserver le testament des dangers de la guerre.*

§ II.

Du testament fait pendant une maladie contagieuse.

156. *Par qui peuvent être reçus les testamens faits dans les lieux avec lesquels les communications sont interrompues à cause de la peste ou autre maladie contagieuse.*
157. *Des signatures et des mentions.*
158. *Quand ces testamens deviennent-ils nuls ?*

§ III.

Du testament fait pendant un voyage maritime.

§ IV.

Du testament fait par un Français en pays étranger.

146. Les circonstances particulières dans lesquelles peut se trouver placé celui qui voudrait tester, ont engagé le législateur à se relâcher des règles générales qu'il a prescrites pour les testamens, et à en établir de spéciales. Ces circonstances sont au nombre de quatre :

1° Le service militaire ;

2° Une maladie contagieuse ;

3° Un voyage maritime;

4° Et le séjour ou un voyage en pays étranger.

Nous traiterons de chacun de ces cas en particulier.

§ Ier.

Du testament militaire.

147. Le testament militaire est celui qui est fait par un militaire en activité de service, ou par un individu employé dans les armées : comme les chirurgiens, leurs aides, les fournisseurs, les gens attachés aux officiers, et quelques autres. L'ordonnance de 1735 (art. 31) accordait le droit de tester militairement même « à ceux qui, n'étant ni officiers, ni engagés dans les troupes, se trouvaient « à la suite de l'armée, ou chez l'ennemi, soit à « cause de leur emploi ou fonction, soit pour le « service qu'ils rendaient aux officiers, soit à l'oc- « casion de la fourniture des vivres et munitions.» C'est dans cet esprit que les rédacteurs du Code se sont servis, dans l'art. 981, des expressions, *individus employés dans les armées.*

148. Le testament peut être reçu :

Ou par un officier ayant au moins le grade de chef de bataillon ou d'escadron, en présence de deux témoins ;

Ou par deux sous-intendans militaires, qui, d'après l'ordonnance du 29 juillet 1817 (1), ont remplacé les commissaires des guerres, dont parlait le Code, et sans témoins ;

Ou par l'un de ces sous-intendans, en présence de deux témoins (même art. 981);

Ou enfin, si le testateur est malade ou blessé, par l'officier de santé en chef, assisté du commandant militaire chargé de la police de l'hospice (art. 982).

149. Dans tous les cas, le testament doit être signé par le testateur, ou mention doit être faite de sa déclaration à ce sujet, ainsi que de la cause qui l'empêche de signer (art. 998).

Il doit être signé aussi par ceux qui l'ont reçu (*ibid*).

Et dans les cas où la présence de deux témoins est requise, le testament doit être signé au moins par l'un d'eux, et il doit être fait mention de la cause pour laquelle l'autre n'aura pas signé (*ibid*).

150. Mais il n'est pas de rigueur de faire mention de ces diverses signatures ; on ne peut appli-

---

(1) Bullet, n° 2822, art. 9.

quer la loi sur *le notariat*, parce que ce testament n'est point un acte notarié.

Il n'est pas non plus de rigueur de mentionner expressément l'observation des autres formalités prescrites pour cette sorte de testamens, comme le veut l'art. 972 pour celles qui concernent le testament par acte public fait dans les cas ordinaires; il suffit que ces formalités aient été observées, et que cela résulte de l'ensemble de l'acte.

Ainsi, par exemple, il n'est pas de rigueur de mentionner spécialement que le testament a été reçu par un chef de bataillon en présence de deux témoins; qu'il a été dicté par le testateur à ce chef de bataillon, en présence de deux témoins; qu'il a été écrit par cet officier; que la lecture en a été donnée au testateur en présence des témoins, etc. Quoique ces diverses mentions soient sans doute très utiles pour écarter toute incertitude, et que, sous ce rapport, on ne saurait trop les recommander aux personnes qui reçoivent les testamens dont il s'agit, néanmoins elles ne sont pas de rigueur; la loi ne les prescrit pas à peine de nullité.

Elle ne commande même pas que ce soit celui ou un de ceux qui *reçoivent* le testament qui l'écrive, et dans les cas ordinaires un acte n'est pas moins *reçu* par un officier public, *putà* par un notaire, quoiqu'il soit écrit par un autre, par un clerc, par exemple. En un mot, il faut, quant aux testamens dont il est traité dans cette section du Code, s'attacher uniquement aux règles particu-

lières qui y sont tracées. L'art. 88, au titre *des Actes de l'état civil*, décide formellement que les actes de l'état civil faits hors du territoire du royaume, et concernant les militaires ou autres personnes employées à la suite des armées, seront rédigés *dans les formes prescrites par les dispositions précédentes* (c'est-à-dire, par les dispositions du droit commun), *sauf les exceptions contenues dans les articles suivans;* et l'on ne dit pas, au titre *des Donations et Testamens*, que les testamens militaires, et autres, faits dans des circonstances particulières, sont soumis aux règles générales, sauf les exceptions qui y sont relatives; on n'a établi, au contraire, à leur égard, que des règles particulières, qui rendent par conséquent sans application à ces testamens, les règles générales; sauf en ce qui concerne le testament olographe fait en pays étranger, lequel est soumis aux mêmes formalités que s'il eût été fait en France.

151. Suivant l'instruction du Ministre de la guerre du 24 brumaire an XII, les témoins appelés aux testamens militaires doivent être mâles, majeurs, et n'être ni les commis ni les délégués de celui qui reçoit le testament.

152. Le droit de tester d'après les dispositions ci-dessus n'a lieu qu'en faveur :

1° De ceux qui se trouvent hors du territoire français, soit en expédition militaire, soit en quartier, ou en garnison;

2° En faveur de ceux qui sont prisonniers chez l'ennemi, n'importe le lieu, même dans une place du territoire français au pouvoir de l'ennemi ;

Et 3° en faveur de ceux qui, dans l'intérieur, se trouvent dans une place assiégée ou dans une citadelle, ou autres lieux dont les portes seraient fermées et les communications interrompues à cause de la guerre.

En sorte que ceux qui sont en quartier ou en garnison dans l'intérieur, ne peuvent jouir du privilége (art. 983 analysé).

153. Comme ce privilége n'est accordé qu'en considération de l'impossibilité de tester d'après les règles ordinaires, le testament fait dans la forme ci-dessus devient nul six mois après que le testateur est revenu dans un lieu où il a eu la liberté d'employer ces mêmes règles (art. 984).

Cependant si, avant l'expiration de ces six mois, le testateur avait été obligé de se rendre dans un lieu où il eût eu le droit de tester *jure militari*, son testament n'aurait pas été annulé. La loi 38, § 1. ff. *de testam. milit.*, le décidait ainsi, et sa disposition, pleine de raison, devrait être observée chez nous.

154. Le Français pris et réduit en captivité par des pirates ou corsaires ne pourrait tester *jure militari*, mais seulement en la forme olographe, ou dans les formes usitées dans le pays où il serait retenu captif, conformément à l'art. 999. Il en serait

autrement du Français pris dans une guerre faite à la puissance à laquelle appartiendraient ces pirates.

155. Le Code ne prescrit aucune mesure conservatoire pour ce testament, ainsi qu'il le fait pour le testament maritime ; mais il est utile que l'officier qui l'a reçu le fasse parvenir au plus tôt au ministre de la guerre, afin de le soustraire aux dangers des événemens militaires.

Celui qui a reçu le testament a sans doute qualité pour en délivrer expédition, mais les héritiers à qui la délivrance des biens est demandée peuvent, en vertu de l'art. 1334, exiger la représentation de l'original : ce qui peut entraîner des lenteurs et des difficultés, que l'on préviendrait en grande partie par le dépôt du testament au ministère de la guerre.

§ II.

Du testament fait pendant une maladie contagieuse.

156. Ceux qui se trouvent dans un lieu avec lequel toute communication est interceptée à cause de la peste ou autre maladie contagieuse, peuvent, lors même qu'ils n'en seraient point attaqués, faire leur testament devant le juge de paix, ou devant l'un des officiers municipaux de la commune, en présence de deux témoins (art. 985 et 986).

157. Les signatures, comme dans le cas du testament militaire (art. 998).

Et ce que nous avons dit relativement aux mentions dans le testament militaire, s'applique aussi au testament fait en temps de peste.

158. Les testamens dont il s'agit ici deviennent nuls six mois après que les communications ont été rétablies avec le lieu où le testateur se trouve, ou six mois après qu'il a passé dans un lieu où elles n'ont point été interrompues (art. 987).

§ III.

Du testament fait pendant un voyage maritime.

159. Le troisième cas d'exception est celui du testament fait sur mer, dans le cours d'un voyage, soit par un membre de l'équipage, quel qu'il soit, soit même par un simple passager (art. 988 et 995). Les troupes de transport ou embarquées pour une expédition jouissent du privilége.

Il faut, pour que ce privilége ait lieu, le concours de ces deux circonstances : que le testament soit fait sur mer, et qu'il soit fait pendant le cours d'un voyage; en sorte que, même après l'embarquement, tant que le voyage n'est pas commencé, le testament ne peut être fait que dans les formes ordinaires. Le texte de l'art. 988 ne laisse aucun doute à cet égard; il porte expressément : « Les testamens « faits *sur mer, dans le cours d'un voyage,* etc. »

Il n'y aurait pas lieu non plus au privilége, quoique le testament eût été fait pendant le cours du

voyage, si, à l'époque où il a été fait, le navire avait abordé, soit une terre de la domination française où il y avait un officier public français, soit une terre étrangère. Dans le premier cas, le testament devrait être revêtu des formes ordinaires prescrites en France; et dans le second, de celles qui sont usitées dans le pays (art. 994), suivant la règle *locus regit actum.*

160 L'ordonnance *de la marine*, de 1681 (liv. Ier, tit. 9, art. 24), décidait que le testament fait sur une terre étrangère où avait abordé le bâtiment, pouvait être fait devant le chancelier du consulat; et M. Delvincourt pense qu'il en devrait être de même aujourd'hui. Il argumente à cet égard de l'art. 48 du Code civil, suivant lequel tout acte de l'état civil des Français en pays étranger est valable, s'il a été reçu conformément aux lois françaises par les agens diplomatiques ou par les consuls.

Nous doutons très fort que le testament fût valable, car aucune disposition du Code ne confère aux consuls qualité pour le recevoir; l'art. 994, au contraire, détermine par qui et comment le testament doit être reçu en pareil cas, et enfin l'article 1001 veut que les formalités auxquelles sont assujétis les testamens compris dans la présente section, comme ceux de la section précédente, soient observées, à peine de nullité.

161. Le testament fait sur mer, pendant le cours du voyage, peut être reçu, savoir :

A bord des vaisseaux et autres bâtimens du Roi, par l'officier commandant le bâtiment, ou, à son défaut, par celui qui le supplée dans l'ordre du service, l'un ou l'autre conjointement avec l'officier d'administration, ou avec celui qui en remplit les fonctions.

Et à bord des bâtimens de commerce, par l'écrivain du navire, ou celui qui en fait les fonctions, l'un ou l'autre conjointement avec le capitaine, le maître ou le patron, ou, à leur défaut, par ceux qui les remplacent.

Dans tous les cas, ces testament doivent être reçus en présence de deux témoins (art. 988).

162. Sur les bâtimens du Roi, le testament du capitaine ou celui de l'officier d'administration; et sur les bâtimens de commerce, celui du capitaine, du maître ou du patron, ou celui de l'écrivain, peuvent être reçus par ceux qui viennent après eux dans l'ordre du service, en se conformant pour le surplus aux dispositions de l'article précédent (art. 989).

163. Et pour les diverses signatures et les mentions, comme pour les testamens militaires (article 998).

164. Dans tous les cas, il doit être fait un double original des testamens dont il s'agit (art. 990).

165. Si le bâtiment aborde dans un port étranger dans lequel se trouve un consul de France, ceux qui ont reçu le testament sont tenus de dé-

poser l'un des originaux clos *et* (1) cacheté, entre les mains de ce consul, qui doit le faire parvenir au ministre de la marine; et celui-ci en fait faire le dépôt au greffe de la justice de paix du lieu du domicile du testateur (art. 991).

166. Au retour du bâtiment en France, soit dans le port de l'armement, soit dans un autre, les deux originaux du testament, également clos et cacheté, ou l'original qui resterait, si, conformément à l'art. précédent, l'autre avait été déposé pendant le cours du voyage, doivent être remis au bureau du préposé de l'inscription maritime; ce préposé doit les faire passer au ministre de la marine, qui en ordonne pareillement le dépôt au greffe de la justice de paix du domicile du testateur (art. 992).

Il doit être fait mention sur le rôle du bâtiment, à la marge du nom du testateur, de la remise qui a été faite des originaux du testament, soit entre les mains du consul, soit au bureau du préposé de l'inscription maritime (art. 993).

167. Le testament fait sur mer ne peut contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parens du testateur (art. 997): on a dû craindre leur influence sur son esprit.

Mais comme la loi ne détermine pas, ainsi qu'elle le fait dans l'art. 909 relativement aux médecins, etc., le degré de parenté, et d'après cela, qu'on ne

(1) L'article dit clos *ou* cacheté, mais c'est une erreur de rédaction; comme on le voit d'ailleurs par l'article suivant, qui porte, clos et cacheté.

le fixerait qu'arbitrairement, pour déterminer la capacité ou l'incapacité de recevoir, nous en concluons que les parens jusqu'au degré où l'on peut succéder peuvent recevoir du testateur.

168. Dans le cas où une disposition serait faite au profit d'un officier non parent du testateur, le testament serait nul, comme dans le cas du legs fait au notaire par un testament par acte public : la raison est la même. Aussi l'art 997 dit-il que le testament ne pourra contenir aucune disposition au profit des officiers du vaisseau, s'ils ne sont parens du testateur.

Par parité de motifs, on devrait également décider que le testament ne peut contenir aucune disposition en faveur des témoins : leur témoignage devient nul dès qu'ils sont gratifiés.

169. Le testament fait sur mer pendant le cours d'un voyage n'est valable qu'autant que le testateur est mort en mer, ou dans les trois mois après qu'il est descendu à terre et dans un lieu où il a pu le faire dans les formes ordinaires (art. 996), par conséquent en France, ou dans une terre de la domination française où il y avait un officier public français (art. 994). Mais si le testateur s'était remis en mer avant l'expiration des trois mois, le testament n'aurait pas été annulé par sa descente à terre (1).

---

(1) Argument de la loi 58, § 1, ff. *de testam. militis*, déjà citée.

§ IV.

Du testament fait par le Français en pays étranger.

170. Ainsi que nous l'avons dit précédemment (1), le Français qui se trouve en pays étrangers peut faire ses dispositions testamentaires de deux manières : ou en la forme olographe, quand bien même les lois du pays n'admettraient pas cette forme de testament ; ou bien par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte est passé (art. 999), conformément à la règle *locus regit actum.*

171. On ne peut donc plus mettre en question le point controversé anciennement, de savoir si un Français domicilié dans une coutume où il était permis de tester en la forme olographe, pouvait faire son testament en cette forme dans un pays où elle n'était pas admise ; le Code a tranché tout doute à cet égard, et il a fait plus encore, puisqu'il autorise indistinctement les Français à tester de cette manière ; tandis que jadis, dans les pays de droit écrit, et même dans plusieurs coutumes, le testament olographe n'était point reçu : d'où l'on concluait que le domicilié dans ces pays ne pouvait disposer en cette forme, même des biens qu'il possédait dans une coutume où elle était admise. Mais

---

(1) N° 13 et 14.

nous n'en pensons pas moins que, depuis la loi du 14 juillet 1819, l'étranger peut disposer par testament olographe de ses immeubles situés en France, quoique les lois de son pays n'admissent pas cette manière de tester. Les immeubles situés en France sont régis par la loi française, et la forme des actes tient moins à la capacité personnelle, qu'elle ne tient à la disposition des biens (1).

172. L'art 1000 exige toutefois, et indistinctement, que les testamens faits en pays étrangers soient, avant d'être mis à exécution sur les biens situés en France, enregistrés au bureau du domicile du testateur, s'il en a conservé un, sinon au bureau de son dernier domicile connu en France; et dans le cas où le testament contiendrait des dispositions d'immeubles qui y seraient situés, il doit être, en outre, enregistré au bureau de la situation de ces immeubles, sans qu'il puisse être exigé un double droit.

Cette dernière partie de l'article serait applicable, par les mêmes motifs, au testament fait par l'étranger en pays étranger, et contenant disposition d'immeubles situés en France, conformément à la loi du 14 juillet 1819, qui permet aux étrangers de recueillir, succéder et *disposer* en France, comme les Français.

---

(1) *Vide suprà*, n° 15.

SECTION V.

Dispositions communes à tous les testamens.

SOMMAIRE.

173. *Toutes les formalités prescrites par la loi pour chaque espèce de testament doivent être observées, à peine de nullité.*

174. *L'exécution du testament peut en purger le vice : Distinction à faire à cet égard.*

173. Si le législateur a permis aux citoyens de régler la dévolution de leurs biens comme ils l'entendraient, et de faire ainsi en quelque sorte une loi sur leur patrimoine, dont l'exécution n'aurait lieu qu'après leur mort, il n'a voulu du moins sanctionner ce droit qu'autant que ceux qui en useraient rempliraient ponctuellement les conditions et les formalités qu'il a jugées utiles, indispensables même pour attester avec certitude leur volonté à cet égard. En conséquence, il a décidé par l'art. 1001 du Code, de la manière la plus absolue et la plus générale, que, « les formalités auxquelles les divers « testamens sont assujétis par les dispositions de « la présente section et de la précédente, doivent « être observées, *à peine de nullité.* »

Rien n'est donc laissé aux juges en cette matière. Si l'interprétation des clauses des testamens est, comme de raison, dans leur domaine, d'un autre côté, tout ce qui tient à la forme des actes est resté dans le domaine de la loi, dont ils ne sont

que les organes. Leurs fonctions à cet égard se bornent à juger, sans faiblesse et avec discernement, si ses commandemens ont été tous observés.

174. Lorsqu'un testament nul a été exécuté par les héritiers, si la nullité ne se découvrait pas dans l'acte, par exemple, parce qu'elle dérivait de l'incapacité de l'un des témoins, ils peuvent répéter les biens par eux mal à propos relâchés aux légataires. La loi 2 ff. *de condict. indebiti* en contient la décision expresse pour des cas où le testament était nul à raison de causes analogues, et Voët (1) le décide positivement quelle que fût la cause de la nullité de l'acte testamentaire.

Mais si la nullité pouvait se découvrir à la seule inspection de l'acte, les héritiers, en l'exécutant, l'auraient confirmé, et ils seraient difficilement admis à alléguer l'erreur dans laquelle ils sont tombés, attendu que cette erreur serait de droit, et qu'en général l'erreur de droit ne peut être invoquée, du moins lorsqu'il ne s'agit pas d'éviter un dommage sur son propre patrimoine : or, en exécutant le testament, les héritiers ont plutôt manqué l'occasion d'acquérir les biens du défunt, qu'ils n'ont réellement perdu des leurs, nonobstant l'effet de la saisine, qui n'étant, sous ce rapport, qu'une fiction, ne détruit point la vérité des choses.

---

(1) *Ad Pandectas*, tit. *de condict. indeb.*

SECTION VI.

Des institutions d'héritier, et des legs en général.

SOMMAIRE.

175. *L'institution d'héritier, dans les pays de droit écrit, était une formalité sans laquelle l'acte ne pouvait valoir comme testament; mais il pouvait valoir comme codicille, au moyen de la clause codicillaire.*

176. *La formalité de l'institution d'héritier n'était point d'usage dans les pays coutumiers.*

177. *L'ordonnance de 1735 avait maintenu les distinctions qui existaient à ce sujet entre les pays de droit écrit et les pays de coutumes; le Code a laissé à chacun la faculté de qualifier ses dispositions comme il l'entendrait.*

178. *Les dispositions testamentaires sont de trois sortes : les legs universels, les legs à titre universel, et les legs particuliers. Elles n'ont que les mêmes effets que ceux que produisent ces diverses sortes de legs, n'importe la dénomination dont le testateur s'est servi.*

175. Selon les principes de droit romain, suivis en ce poiut dans nos pays de droit écrit, l'institution d'héritier était une formalité essentielle du testament, dont l'absence, par conséquent, faisait qu'il n'y avait pas de testament. L'acte pouvait toutefois valoir comme codicille, au moyen de la clause appelée *codicillaire*, c'est-à-dire, de la déclaration du testateur, qu'il entendait que si son testament ne valait pas comme testament, il valût du moins comme codicille. Mais ces effets n'étaient pas en tout point les mêmes.

176. Au contraire, dans les pays coutumiers, l'institution d'héritier n'était pas de rigueur; en sorte qu'il n'y avait à proprement parler que des codicilles, nonobstant la dénomination de *testament* donnée à l'acte : le légataire, même universel, quoiqu'institué sous la dénomination *d'héritier*, n'était point *saisi*; il était obligé de demander la délivrance aux héritiers légitimes.

177. L'ordonnance de 1735 avait maintenu les distinctions qui existaient à ce sujet entre les pays de coutume et ceux de droit écrit, et le Code civil, tout en établissant une législation uniforme, a laissé néanmoins à chacun la faculté de disposer sous la dénomination qui lui conviendrait, et qui serait propre à manifester sa volonté (art. 967).

Mais il veut cependant que le légataire universel soit saisi de plein droit, sans être tenu de demander la délivrance, dans les cas où le testateur ne laisse pas d'héritiers au profit desquels la loi réserve une quotité des biens.

178. Les dispositions testamentaires sont de trois sortes :

Ou universelles,

Ou à titre universel,

Ou à titre particulier.

Chacune de ces dispositions, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination d'institution d'héritier, soit qu'elle ait été faite sous la dénomination de legs, produit son effet suivant les règles qui seront

ci-après établies pour les legs universels, pour les legs à titre universel, et pour les legs à titre particulier (art. 1002). En sorte que la dénomination *d'institution*, mal à propos appliquée à la disposition d'un objet particulier, par exemple d'une maison, comme si le testateur avait dit : *J'institue Paul mon héritier pour ma maison de tel endroit*, ne vaudrait toujours que comme un legs particulier ; *et vice versâ*, s'il avait dit : *Je fais Paul légataire particulier de tous mes biens*, le legs ne serait pas moins un legs universel, avec toutes ses conséquences. C'est en général la théorie des pays coutumiers qui a prévalu : il faut s'en applaudir, parce qu'elle est infiniment plus simple, et, disons-le, plus rationnelle, car l'on doit plutôt s'attacher au fond des choses, qu'à des formules ou expressions dont rien ne justifiait la nécessité.

Ainsi, aujourd'hui, peu importe que le testateur ait institué un héritier, ou qu'il ait fait un legs universel ; la disposition aura absolument le même effet. Si, par exemple, il y a des héritiers à réserve, l'héritier institué n'en sera pas moins obligé de leur demander la délivrance, comme s'il eût été nommé légataire uuiversel (art. 1005) ; s'il n'y en a pas, le légataire universel sera saisi de plein droit par la mort du défunt, tout comme l'était jadis l'héritier des pays de droit écrit. L'un et l'autre auront droit aux fruits dans les mêmes cas ; tous deux seront aussi tenus des dettes, et l'un et l'autre seront obligés, dans les cas où le testament

serait olographe ou mystique, de remplir les formalités prescrites pour être envoyés en possession. En un mot, il n'y a aucune différence dans les droits et dans les obligations, il n'y en a que dans les dénominations, et c'est dire qu'il n'y en a pas.

SECTION VII.

Du legs universel.

SOMMAIRE.

179. *Quel est le legs* universel?

180. *Il peut être fait au profit de plusieurs comme au profit d'un seul. Dans quels cas?*

181. *Le legs* du disponible *est aussi un legs universel.*

182. *Il en est de même du legs* de la quotité *ou* de la portion disponible.

183. *Différence néanmoins sous un rappprt entre le legs* du disponible *ou* de la quotité disponible *et le legs* de l'universalité des biens *ou* de tous les biens.

184. *Le legs de la moitié des biens à l'un, et le legs de l'autre moitié à une autre personne, forment deux legs à titre universel, et par conséquent sans droit d'accroissement.*

185. *Lors même, dans ce cas, qu'il n'y aurait pas d'héritiers à réserve, les légataires n'en devraient pas moins demander la délivrance aux héritiers légitimes.*

186. *S'il y a un premier legs d'une quote-part des biens, par exemple, du tiers, et un autre legs* du surplus, *les deux legs sont pareillement à titre universel.*

187. *Mais si le premier legs est à titre particulier; le second,* du surplus, *est universel.*

186. *Si, après un legs de tous les biens au profit de l'un, il est fait ensuite un legs à titre universel au profit d'un autre, le premier legs ne perd pas pour cela son caractère de legs universel.* Quid *si c'est le legs à titre universel qui est le*

premier? Et si le legs universel est porté dans un testament postérieur?

189. Quid *aussi du legs* de tous mes biens en nue propriété *à l'un, et du legs de l'usufruit à un autre.*

190. *Le légataire universel doit demander la délivrance aux héritiers au profit desquels la loi fait la réserve d'une portion des biens, s'il y en a : ce sont eux qui sont saisis.*

191. *Le testateur ne pourrait même ôter la saisine aux héritiers de cette classe.*

192. *Droits du légataire universel quant aux fruits.*

193. *Lorsqu'au décès du testateur il n'y a pas d'héritiers à réserve, le légataire universel est saisi de plein droit de la succession; il n'a pas de demande en délivrance à former.*

194. *L'existence d'un enfant naturel reconnu ne ferait point obstacle aux droits du légataire à cet égard.*

195. *Quoiqu'il n'y eût pas d'héritiers à réserve, l'individu institué légataire universel par un mineur devrait demander la délivrance aux héritiers légitimes; il en serait de même, s'il y avait des parens au degré successible, à l'égard d'un enfant naturel institué légataire universel par celui qui l'a légalement reconnu.*

196. *Quand le testament est olographe ou mystique, et qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve, le légataire universel doit se faire envoyer en possession par ordonnance du président du tribunal de l'ouverture de la succession.*

197. *Présentation, ouverture et dépôt du testament olographe ou mystique.*

198. *Dispositions du Code de procédure relative à la conservation des testamens.*

199. *Les héritiers légitimes peuvent former opposition à l'envoi en possession, s'ils suspectent le testament.*

200. *Tant que le légataire qui doit se faire envoyer en possession n'a pas obtenu cet envoi, il n'a pas qualité pour poursuivre les débiteurs de l'hérédité.*

179. Le legs universel est la disposition par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès (art. 1003).

Et quoique le testateur ait fait aussi d'autres dispositions, ce qui a même lieu le plus communément, le legs n'en conserve pas moins son caractère de legs universel; car ces dispositions ne sont que des charges, des *délibations*, dont ce legs se trouve affecté, et dont il se trouverait affranchi si elles manquaient de recevoir leur effet par une cause quelconque, ainsi qu'on le verra plus loin.

180. Le legs universel peut être fait, disons-nous, au profit de plusieurs personnes, comme au profit d'une seule; mais il faut bien distinguer les cas, et il peut s'en présenter trois:

1° Il n'y a qu'une seule et même disposition, et point de difficulté sur ce cas: les légataires sont

conjoints, et le droit d'accroissement procède entre eux, si l'un d'eux n'arrive pas au legs; si tous y arrivent, ils partagent avec égalité de droits, sauf les legs particuliers faits à l'un ou à l'autre.

2° Il y a deux ou plusieurs dispositions universelles distinctes dans le même acte; et si le testateur n'a pas manifesté l'intention de révoquer les premières par la dernière, les divers légataires sont tous et individuellement appelés à la totalité des biens. Il est censé avoir eu en vue le droit d'accroissement pour le cas où l'un ou plusieurs d'entre eux manqueraient de recueillir la disposition faite à leur profit. Sous le rapport des biens il n'y a qu'un seul legs, mais sous le rapport des personnes il y en a plusieurs, et c'est le concours de ces personnes qui amène la division de l'universalité léguée à chacun d'eux : *concursu eorum partes fiunt.*

3° Il y a deux dispositions universelles faites par des actes divers ayant des dates différentes : si le testateur n'a pas manifesté son intention de maintenir la première, cette disposition se trouve révoquée par la seconde, suivant ce qui sera démontré ultérieurement.

181. Le legs *de ce dont la loi me permet de disposer*, ou *de mon disponible*, est aussi un legs universel, même dans le cas où je laisserais des héritiers ayant droit à une réserve; car je donne par un tel legs tout autant que je donnerais par une disposition expresse *de l'universalité de mes biens* :

la différence, en ce qui concerne mes héritiers, même légitimaires, n'est que dans les mots et non dans les choses.

En effet, si je ne laisse pas d'héritiers à réserve, ou si ceux que je laisserai renoncent à ma succession ou sont indignes d'y prendre part, le légataire aura la totalité des biens, puisqu'alors le disponible se trouvera être de la totalité. (Art. 916.) Et s'il y a des prétendans à la réserve, le légataire n'aura toujours que le disponible, quand bien même j'aurais fait le legs de l'universalité en propres termes.

En léguant *les biens dont il peut disposer*, ou *son disponible*, le testateur lègue donc par cela même, et virtuellement, le disponible tel qu'il sera par l'événement, et telle que serait l'universalité elle-même léguée en termes formels.

182. Il faudrait dire la même chose, encore que le testateur eût simplement légué *la quotité* ou *la portion disponible*, et qu'il eût des enfans ou des ascendans au moment du testament; car, bien que l'expression *quotité* soit exclusive de la totalité, néanmoins le testateur n'ayant point déterminé l'étendue de cette quotité, il a très probablement voulu léguer par là le disponible lui-même. S'il avait eu l'intention de restreindre cette quotité à une part fixe, eu égard au nombre d'enfans qu'il avait alors, il lui eût été bien facile de dire qu'il léguait la moitié, le tiers ou le quart des biens qu'il

laisserait à son décès : cela eût été plus naturel que de léguer d'une manière vague une quotité disponible sujette, en général, à des variations considérables par suite de la mort des enfans existans ou de la survenance d'autres enfans. Il y a tout lieu de penser, au contraire, qu'il a eu en vue la possibilité de ces variations, se servant des expressions, *quotité disponible*, en considérant que les enfans qu'il laisserait prétendraient avoir des droits sur sa succession, droits qui restreindraient effectivement celui qu'il attribuait au légataire, à une *quotité*. Les termes du testament pourraient au surplus témoigner d'une volonté contraire, et alors il faudrait la suivre. Mais, en thèse générale, les expressions, *quotité disponible* ou *portion disponible*, auront les mêmes effets que celles, *mon disponible* ou *les biens dont je puis disposer*; et en conséquence elles comprendront toute la succession, s'il n'y a pas d'héritiers ayant droit à une réserve.

183. Au reste, il existe entre le legs *du disponible* ou de *la quotité disponible*, et le legs *de l'universalité* ou de *la totalité des biens* fait en termes formels, cette différence, déjà signalée au tome précédent (1), que le legs du disponible est chargé de l'acquittement de toutes les autres dispositions, en vertu de l'art. 1009, sans qu'il y ait lieu à les réduire proportionnément pour fournir les

(1) N° 360 à 366.

réserves ; tandis que le légataire *de tous les biens* indéfiniment, ou de *l'universalité des biens* peut exiger que la réduction pour fournir les réserves porte indistinctement sur tous les legs, au marc le franc, conformément à l'art. 926, et sous la limitation établie à l'art. 927. Nous reviendrons bientôt sur ce point, en expliquant l'art. 1009.

184. Il est bien évident que si le testateur avait dit : *je lègue à Paul la moitié des biens que je laisserai à mon décès, et à Jean l'autre moitié*, il n'y aurait pas deux legs universels, mais deux legs à titre universel, deux legs distincts quant à l'objet, comme relativement aux personnes. En conséquence, le droit d'accroissement n'aurait pas lieu : chacun des légataires ne pourrait jamais avoir que la moitié qui lui a été expressément léguée, quand bien même le testateur ne laisserait pas de parens au degré successible. Dans ce cas, l'autre moitié appartiendrait au conjoint survivant ou à l'Etat.

185. Lors même qu'il n'y aurait point d'héritiers à réserve, les légataires devraient demander la délivance à l'héritier légitime (art. 1011) ; mais comme celui-ci n'aurait guère intérêt à accepter (1), s'il renonçait en effet, les légataires pourraient faire

(1) Il aurait cependant intérêt quant aux fruits, dans le cas où les légataires ne formeraient pas leur demande en délivrance dans l'année, et aussi quant à la chance de révocation ou caducité des legs ou de l'un d'eux, même pour causes postérieures au décès du testateur.

nommer un curateur à la succession vacante, contre lequel ils formeraient leur demande en délivrance. Ils ne seraient point obligés de la former successivement contre chacun des parens sur la tête duquel serait venu se placer le titre d'héritier par la renonciation de celui qui le précédait, parce qu'on n'en finirait pas s'il fallait suivre cet ordre jusqu'au parent placé au douzième degré dans l'une ou l'autre ligne (1).

186. Le droit d'accroissement n'aurait pas lieu non plus dans le cas où, par exemple, le testateur aurait dit : *Je lègue à Paul le tiers de mes biens, et à Pierre le surplus.* Pierre serait légataire avec part pour les deux autres tiers, qui se trouveraient virtuellement et nécessairement déterminés par ces mots *le surplus*, mis en rapport avec le tiers donné à Paul.

187. Mais si le premier legs était à titre particulier, le legs *du surplus* serait universel, et par conséquent avec le *jus non decrescendi* résultant de la caducité du legs particulier, tout comme si ce legs particulier eût été fait le dernier.

188. Bien mieux, si le testateur avait d'abord institué Paul légataire universel, et qu'il eût fait ensuite, soit dans le même acte, soit dans un acte postérieur, le legs d'une quotité de ses biens au profit de

---

(2) *Voy.* tom. VII, n° 62.

Pierre, par exemple, du tiers, Paul n'en serait pas moins encore légataire universel, avec jouissance du *jus non decrescendi* pour le cas où Pierre ne recueillerait pas, puisqu'il peut y avoir tout à la fois legs universel et legs à titre universel, suivant l'art. 1011.

Il faudrait encore le décider ainsi, quoique le testateur eût commencé par le legs à titre universel : seulement, dans le cas où le legs universel serait fait par un acte postérieur, on peut prétendre que le disposant a par là révoqué le premier ; mais c'est une question que nous discuterons plus loin, en traitant de la révocation des dispositions testamentaires.

189. *Quid* du legs de l'universalité de mes biens en nue propriété au profit de Paul, et du legs de l'universalité de mes biens en usufruit au profit de Pierre ? S'il était dit : *Je lègue l'universalité de mes biens à Paul, et je lègue l'usufruit de l'universalité de mes biens à Pierre,* il n'y aurait pas de doute que Paul ne fût un véritable légataire universel, dans les termes même de l'art. 1003 ; car le legs en usufruit serait seulement une *délibation* du sien.

Mais, dans l'espèce posée d'abord, on peut soutenir que Paul n'est pas un légataire universel, attendu que son legs ne comprend pas directement, et par la seule vocation du défunt, l'universalité des biens de celui - ci ; car souvent l'usufruit peut être considéré comme un démembrement du domaine; *interdùm est part dominii*, disent plusieurs lois romai-

nes (1) : d'où il suivrait que Paul n'a pas eu tous les biens du défunt par la disposition faite à son profit.

Néanmoins, il est plus vrai de dire que ce legs fait à Paul est universel, et que l'usufruit doit être considéré plutôt comme une servitude, ainsi qu'il l'est souvent dans le droit romain lui-même, que comme une partie du domaine. Il n'empêche donc point que le légataire de tous les biens en nue propriété seulement, n'ait l'universalité de ces mêmes biens. Seulement ce dernier legs est affecté d'une charge ; mais une charge mise à un legs universel n'en change point la nature. L'art. 1010 confirme encore cette solution, car aucune des diverses espèces de legs à titre universel qu'il reconnaît ne pourrait s'accorder avec le legs de l'universalité des biens en nue propriété, puisque ce n'est ni le legs d'une quote-part de ce dont le testateur pouvait disposer, telle qu'une moitié, ni le legs de tous ses immeubles ou de tout son mobilier, ni celui d'une quote-part de tous ses immeubles ou de tout son mobilier ; et bien certainement ce n'est pas davantage un legs à titre particulier : donc c'est un legs universel, puisqu'il n'y a que trois espèces de legs.

Si le légataire en usufruit ne recueille pas, le bénéfice de la caducité profite au légataire de la nue propriété, attendu que le testateur n'a rien voulu laisser à ses héritiers (2). C'est comme si l'usufruit

---

(1) *Voy.* tom. IV, n° 466.

(2) L. 23, ff. *de usuf. et quemad.*; L. 6, § 1, ff. *de usuf. accresc.*;

était venu à s'éteindre après l'ouverture du legs, cas dans lequel incontestablement il se serait réuni à la propriété.

S'il y a des héritiers à réserve, les deux legs n'auront en définitive pour objet que la quotité disponible : l'un le disponible en nue propriété, et l'autre en usufruit, et ce sera au légataire en nue propriété, après qu'il aura obtenu la délivrance de son legs, à mettre en jouissance le légataire en usufruit.

Et quant à la partie de dettes dont la portion disponible pourra être tenue, d'après l'art. 1009, le légataire de l'usufruit contribuera à son acquittement avec le légataire de la nue propriété, de l'une des manières exprimées à l'art. 612.

190. Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit par sa mort, de tous les biens de la succession, et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament. (Art. 1004.)

191. Dans ce cas, le testateur ne pourrait même ôter la saisine à ses héritiers légitimes pour l'attribuer au légataire universel ou à l'héritier qu'il aurait institué : ce légataire ou cet héritier n'en devrait pas moins demander la délivrance, sans pou-

---

Ricard, *des donations*, part. 3, n° 525 et suiv. *Vide* ce que nous avons dit sur ce cas, tom. IV, n° 493.

voir se mettre de lui-même en possession des biens. Dans les principes du Code, la saisine est un droit que la loi attribue aux parens au profit desquels elle a réservé une certaine portion de l'hérédité, et ce droit est hors de la disposition du testateur. La clause serait donc sans effet, comme contraire au vœu de la loi. (Art. 900, par argument.)

192. Mais dans les cas mêmes où il y a des héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi, le légataire universel a néanmoins la jouissance de la portion qui lui revient, à compter du jour du décès du testateur s'il a formé sa demande en délivrance dans l'année depuis cette époque; sinon, cette jouissance ne commence que du jour de sa demande formée en justice, ou du jour où la délivrance lui aurait été volontairement consentie. (Art. 1005.)

Quand le légataire universel forme sa demande en délivrance dans l'année, il a droit aux fruits à partir du décès, parce qu'une universalité de biens, telle qu'une hérédité, s'augmente de tout ce qu'elle a produit : *etenim hereditas fructibus augetur* (1);

(1) L. 2, Cod. *de petit. hereditatis.* Ce principe était général dans le droit romain; en sorte que le possesseur de bonne foi d'une hérédité était tenu d'en rendre les produits avec les biens, jusqu'à concurrence du moins de ce dont il s'était enrichi, soit par les biens eux-mêmes, soit par les fruits. Le Code, dans l'art. 138, a dérogé à ce principe : il décide à l'égard des fruits d'une hérédité comme à l'égard des fruits d'objets spéciaux, ainsi que nous l'avons expliqué en traitant *des absens*, tom. Ier, nº 562, 566 et 583. En sorte que si

et le légataire ayant droit, aussi bien que les héritiers à réserve, à une quote-part de cette universalité, il a par cela même droit à une quote-part de ce qu'elle est maintenant, c'est-à-dire augmentée des fruits, et dans la même proportion, sans qu'il y ait à distinguer si les héritiers les ont ou non perçus dans l'ignorance de l'existence du testament, et si ces fruits sont ou non consommés.

Mais lorsque la demande n'est formée qu'après l'année, on rentre dans le droit commun, suivant lequel le possesseur de bonne foi gagne les fruits. (Art. 138 et 549.) Or, les héritiers sont réputés de bonne foi tant que le légataire ne demande pas la délivrance du legs. Ils ont réglé leurs dépenses en conséquence : ces fruits sont peut-être consommés, et il a paru trop rigoureux d'obliger les héritiers à une restitution qui pourrait s'élever à une valeur démesurée par l'accumulation des produits causée par la négligence du légataire. Tellement que, lors même qu'ils auraient connaissance du testament, ils ne devraient toujours les fruits que du jour de la demande, si elle n'était formée qu'après l'année. Ils ne sont point obligés d'aller chercher le légataire. Mais s'ils avaient caché ou tenu

---

la succession se trouvait possédée par un héritier *putatif*, quand bien même le légataire universel formerait sa demande dans l'année du décès, il n'aurait droit aux fruits qu'à partir du jour où il l'aurait formée, puisqu'un réservataire lui-même, dans ce cas, n'y aurait droit que du jour où il aurait formé la sienne. Les art. 138 et 549 seraient applicables à ce cas, et l'art. 1005 à celui où ce sont des héritiers réservataires qui possèdent l'hérédité.

secret le testament, ils les devraient à partir du décès, pourvu que le légataire formât sa demande en délivrance dans l'année à compter du jour où il aurait eu connaissance du testament. Ils lui devraient les fruits à titre de dommages-intérêts.

Les fruits seraient dus aussi au légataire universel à partir du décès, quoique la demande n'eût été formée qu'après l'année, s'il avait cité en conciliation dans l'année, pourvu que la citation eût été suivie d'une demande en justice dans le mois à dater du jour de la non comparution ou de la non conciliation. L'article 57 du Code de procédure, promulgué postérieurement au Code civil, attache à cette citation l'effet d'interrompre la prescription, et de faire courir les intérêts ; or, la raison est la même pour les fruits, attendu la grande analogie qu'ils ont avec eux, étant d'ailleurs eux-mêmes des fruits civils.

Le légataire universel en usufruit aurait également droit aux fruits à partir du décès du testateur, s'il formait sa demande en délivrance dans l'année, par application des articles 595, 604, 610, 612 et 1005 analysés et combinés (1).

193. Lorsqu'au décès du testateur il n'y a pas d'héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, le légataire universel est saisi de plein droit par la mort du testateur, sans être

---

(1) *Voy.* ce qui a été dit à cet égard au tom. IV, n° 521.

tenu de demander la délivrance. (Art. 1006.)

Cet article ne dit pas : *lorsqu'il n'y a point de descendans ou d'ascendans ;* il dit simplement : *lorsqu'il n'y a pas d'héritiers auxquels une quotité des biens est réservée* par la loi, ce qui est très différent ; car l'existence d'ascendans n'empêcherait pas, dans tous les cas, que le légataire universel ne fût saisi : il faudrait pour cela que ces ascendans fussent dans l'ordre où la loi les appellerait à succéder, puisque, d'après l'article 915, c'est dans cet ordre qu'ils ont droit à la réserve. Or, s'il y avait des frères ou sœurs, ou enfans de frères ou sœurs, et que les ascendans fussent autres que les père et mère, ces ascendans ne seraient pas dans l'ordre où la loi les appellerait à la succession ; ils seraient exclus, d'après l'article 750, par les frères ou sœurs, ou descendans d'eux ; et suivant ce que nous avons démontré au tome précédent (1), ils n'auraient point de réserve dans ce cas, à moins que les frères et sœurs ou leurs descendans ne renonçassent tous, ou ne fussent tous indignes, cas dans lequel les ascendans auraient droit à la réserve, parce qu'ils se trouveraient alors dans l'ordre où la loi les appellerait à succéder, attendu que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier. (Article 785.)

Et que l'on n'objecte point que les frères et sœurs ne pourraient renoncer dans l'espèce, parce que,

---

(1) N° 310 et 311.

à raison du legs universel, il ne leur reste rien; car ils ont encore le bénéfice de la caducité ou de révocation du legs pour une cause quelconque : ils auraient donc droit et qualité suffiante pour pouvoir renoncer, et faire ainsi place aux ascendans, afin que ceux-ci fussent dans l'ordre où la loi les appellerait à succéder, et en conséquence qu'ils eussent droit à la réserve.

194. L'existence d'un enfant naturel reconnu ne suffirait pas non plus pour empêcher le légataire universel d'être saisi. En effet, quoique l'enfant naturel ne puisse être privé de la totalité de ce que la loi lui accorde, qu'il puisse seulement être reduit, et que, sous ce point de vue, il soit vrai de dire qu'il a une réserve (1), néanmoins il n'est pas, d'après l'article 1006, au nombre des personnes qui font obstacle à ce que le légataire universel soit saisi par la mort du testateur, puisque les enfans naturels ne sont pas *héritiers* : l'article 756 leur refuse formellement ce titre; or, les art. 1004 et 1006 parlent positivement des héritiers.

195. Mais d'un autre côté, il y a deux cas dans lesquels le légataire, quoique qualifié par le testament légataire universel, ne serait cependant pas saisi, et devrait en conséquence demander la délivrance, encore qu'il n'y eût point d'héritiers aux-

---

(1) *Voy.* au tom. VI, n° 300 et suivans, et au tome précédent, n° 302 et 303, où ce point est clairement établi.

quels une quotité des biens serait réservée par la loi à titre de réserve proprement dite.

Le premier cas est lorsqu'un mineur âgé de seize ans a fait un legs universel, au lieu de se borner, comme le voulait l'art. 904, à ne donner que la moitié des biens dont il eût pu disposer s'il eût été majeur ; dans ce cas, le legs n'est en réalité qu'un legs à titre universel, assujéti par conséquent à la demande en délivrance, aux termes de l'art. 1011.

Le second cas est celui où le testateur ayant des parens au degré successible, a institué son enfant naturel, légalement reconnu, son légataire universel : comme il n'a pu lui donner que la quotité déterminée par l'art. 757, eu égard à la qualité des parens qu'il a laissés (art. 908), le legs n'est pareillement qu'un legs de partie seulement, un legs à titre universel, qui oblige, d'après cela, le légataire à demander la délivrance aux héritiers légitimes, quels qu'ils soient (1).

Dans l'un et l'autre cas, toute déclaration contraire du testateur est sans effet, parce qu'elle excède les bornes de la capacité que la loi lui reconnaissait.

196. Quoiqu'en principe le légataire universel soit saisi de plein droit par la mort du testateur, lorsque celui-ci ne laisse pas d'héritiers auxquels la loi réserve une quotité de ses biens, néanmoins

(1) C'est ce que nous avons déjà dit au tom. VI, n° 327.

ce n'est pas dans tous les cas qu'il peut se mettre de lui-même en possession de la succession; il faut au contraire distinguer si le testament est par acte public, ou s'il est en la forme olographe ou mystique.

Si le testament est par acte public, le légataire peut prendre possession des biens ; il n'a besoin pour cela de remplir aucune formalité.

Si le testament est olographe ou mystique, le légataire doit se faire envoyer en possession par une ordonnance du président du tribunal de l'ouverture de la succession, mise au bas d'une requête, à laquelle doit être jointe expédition de l'acte de dépôt du testament (art. 1008).

197. A cet effet, tout testament olographe, avant d'être mis à exécution, doit être présenté au président du tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte. Ce testament doit être ouvert, s'il est cacheté. Le président dresse procès-verbal de la présentation, de l'ouverture et de l'état du testament, dont il ordonne le dépôt entre les mains d'un notaire par lui commis (art. 1007).

Si la testament est dans la forme mystique, sa présentation, son ouverture, sa description et son dépôt, doivent être faits de la même manière ; mais l'ouverture ne peut se faire qu'en présence de ceux des notaires (1) et des témoins signataires de l'acte

---

(1) L'article dit *des notaires*, et cependant l'art. 976 n'exige qu'un

de suscription qui se trouveront sur les lieux, ou eux appelés (*ibid.*).

198. Le Code de procédure contient aussi quelques mesures conservatrices des testamens. D'après l'art. 916 de ce Code, « Si, lors de l'apposition des « scellés, il est trouvé un testament ou autres pa- « piers cachetés, le juge de paix doit en constater, « dans son procès-verbal, la forme extérieure, le « sceau et la suscription, s'il y en a; parapher l'en- « veloppe, avec les parties, si elles le savent ou le « peuvent, et indiquer les jour et heure où le pa- « quet sera par lui présenté au président du tribu- « nal de première instance. Il fait du tout mention « sur son procès-verbal, qui est signé par les par- « ties, sinon mention est faite de leur refus. »

Et d'après l'article suivant, le juge de paix, sur la réquisition de toute partie intéressée, doit, avant l'apposition des scellés, faire perquisition du testament dont l'existence lui serait annoncée; et s'il le trouve, il doit procéder ainsi qu'il vient d'être dit.

199. Quoique la forme en laquelle est conçu le testament soit sans influence quant à l'effet de *saisir* le légataire universel, lorsqu'il n'y a pas d'héritiers

---

notaire pour dresser l'acte de suscription d'un testament mystique; et comme il veut indistinctement six témoins, la présence d'un second notaire ne serait en effet pas nécessaire; mais elle n'est pas défendue, et de fait elle a pu avoir lieu, ce qui peut expliquer l'emploi du pluriel, *des notaires*, dans cet art. 1007.

à réserve, néanmoins quand ce testament est olographe, les héritiers peuvent, comme nous l'avons dit *suprà* (1), former opposition à la demande d'envoi en possession, et déclarer ne pas reconnaître l'acte pour être de la main de leur auteur; sauf alors au légataire à demander la vérification de l'écriture. Mais la preuve est à sa charge, et elle peut se faire tant par titre, que par experts et par témoins, conformément à l'art. 195 du Code de procédure; et si l'acte est reconnu être émané du testateur, le légataire obtient alors sans difficulté l'envoi en possession.

200. Le légataire universel saisi de plein droit, parce qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve (et qui a été envoyé en possession, si le testament est olographe ou mystique), peut actionner de suite les débiteurs de la succession; tandis que le légataire à titre universel, et même le légataire universel quand il y a des héritiers à réserve, ne peuvent agir utilement contre les débiteurs de l'hérédité qu'après avoir obtenu la délivrance du legs : s'ils agissaient auparavant, le défendeur pourrait les faire déclarer non recevables *quant à présent*, et les faire condamner aux dépens.

201. Le légataire universel qui est en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens, est tenu des dettes et charges de la suc-

---

(1) N° 44 et suivans.

cession du testateur, personnellement pour sa part et hypothécairement pour le tout; et il est tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction, ainsi qu'il est expliqué aux articles 926 et 927. (Art. 1009.)

Le légataire universel en concours avec des héritiers à réserve est bien tenu des dettes et charges de la succession personnellement pour sa part et portion, par conséquent pour moitié, si le disponible est de moitié, mais il n'est pas pour cela tenu *ultrà vires*, d'après la nature de son legs, par cela seul qu'il n'aurait pas déclaré au greffe qu'il entendait n'accepter que sous bénéfice d'inventaire. Ce n'est pas lui qui est saisi, puisqu'il a été obligé de demander la délivrance aux héritiers réservataires : dès lors, ce n'est pas lui qui représente réellement la personne du défunt; il est plutôt le successeur aux biens, et pour partie seulement, que le successeur à la personne. D'où il suit que, s'il n'a pas confondu les biens de l'hérédité avec les siens propres sans un inventaire préalable, il ne peut être condamné à payer les dettes et les charges que jusqu'à concurrence de son émolument, et non indéfiniment.

Peu importe que le Code civil autorise les institutions d'héritier, et que dans les pays de droit écrit la qualité d'héritier bénéficiaire fût nécessaire à l'héritier institué comme à l'héritier légitime, pour n'être pas tenu des dettes *ultrà vires*; car le Code n'attache pas d'autres effets aux institutions d'héritier qu'aux legs, soit universels, soit à titre uni-

versel : l'art. 1002 est positif à cet égard. C'est en général la doctrine des pays coutumiers que les rédacteurs du Code ont entendu adopter relativement à l'effet des legs, avec cette modification toutefois qu'ils ont attribué la saisine au légataire universel lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à réserve; et ils n'ont fait aucune différence entre le cas où le testateur a institué un ou plusieurs hétitiers pour le tout ou partie, et le cas où il a fait des legs universels ou à titre universel. Or, en général, dans les pays de coutumes, les légataires n'étaient point obligés de prendre des lettres au bénéfice d'inventaire pour n'être pas tenus des dettes et charges de l'hérédité *ultrà vires*; il suffisait qu'ils n'eussent point confondu le mobilier du défunt avec leurs propres biens sans en avoir dûment constaté la consistance.

Mais lorsque le légataire universel est saisi de plein droit parce qu'il n'y a pas d'héritiers à réserve, alors il représente tout aussi bien la personne même du testateur, qui l'a choisi à cet effet, que le ferait un héritier légitime, puisqu'il est saisi comme lui (art. 1006); il est *loco heredis*. Or, d'après l'article 724, un héritier n'est investi des droits du défunt que sous l'obligation d'acquitter indéfiniment les dettes et les charges de sa succession, s'il n'use point du bénéfice d'inventaire. En conséquence, le légataire universel, dans ce cas, serait tenu *etiam ultrà vires*, s'il avait fait acte d'acceptation sans avoir auparavant fait au greffe sa déclaration de vouloir user de ce bénéfice.

Ces diverses propositions ont été du reste suffisamment discutées et démontrées au tom. VII, nos 14 et 433.

202. Nous avons dit aussi au même volume (1), avec Pothier, et contre le sentiment de quelques auteurs modernes, que les héritiers légitimes, comme étant les seuls saisis, peuvent être poursuivis par les créanciers, chacun pour sa part et portion héréditaire, conformément aux art. 724, 873 et 1220 combinés, sauf leur recours contre le légataire universel ou contre le légataire à titre universel, à raison de la part pour laquelle ceux-ci doivent contribuer aux dettes; mais sans préjudice toutefois du droit des créanciers de poursuivre ces mêmes légataires personnellement pour leur portion dans chaque dette, eu égard à leur part dans la succession. Nous n'entrerons pas ici dans de plus longs développemens sur ces points, ils ont été clairement démontrés à l'endroit précité.

D'après cela, les héritiers sont bien fondés à ne relâcher aux légataires la portion qui leur revient, qu'au moyen de sûretés fournies par ceux-ci qu'ils acquitteront exactement leur part dans les dettes (2).

Aussi convient-il autant que possible de les éteindre avant le partage; on préviendra des difficultés d'exécution.

---

(1) N° 435.

(2) Voy. *ibid.*

203. Si le legs est en usufuit seulement, le légataire contribue au paiement des dettes, en ce sens qu'il les paie, et que son capital lui est remboursé à la fin de l'usufruit, mais sans intérêt; s'il ne veut pas faire cette avance, le propriétaire a le choix, ou de payer les dettes, et l'usufruitier lui tient compte des intérêts pendant la durée de l'usufruit, ou de faire vendre jusqu'à due concurrence une portion suffisante des biens soumis à l'usufruit, conformément à l'art. 612 et ainsi que nous l'avons dit au tome IV, en expliquant cet article. Au reste, il n'y a pas besoin, dans ce cas, d'estimer au préalable les biens soumis à l'usufruit pour fixer la contribution aux dettes; cette contribution est toute fixée : la masse des dettes grève la masse des biens, et le legs étant de l'usufruit de l'universalité, l'usufruitier contribue au paiement de la totalité des dettes de l'une des manières ci-dessus.

204. En disant, dans l'art. 1009, que le légataire universel en concours avec un héritier auquel la loi réserve une quotité des biens est tenu *d'acquitter tous les legs*, sauf le cas de réduction tel qu'il est établi aux art. 926 et 927, les auteurs du Code ont voulu abroger l'application de la loi *Falcidie*, suivie dans les pays de droit écrit, et d'après laquelle l'héritier devait avoir au moins le quart franc de l'hérédité, toutes dettes déduites; en sorte que si les legs particuliers s'élevaient au delà des trois quarts de l'actif, ils étaient réduits à cette mesure;

et quand il y avait des légitimaires, on défalquait au préalable le montant des légitimes. Cette dérogation a été introduite sur les observations faites au Conseil d'État lors de la discussion de la loi (1). On a encore voulu faire prévaloir le droit coutumier, qui ne reconnaissait pas la quarte *falcidie*, et suivant lequel le légataire universel était obligé de payer tous les legs, au moins jusqu'à concurrence de l'émolument. On l'a pu d'autant plus raisonnablement, qu'aujourd'hui les héritiers institués par testament ne sont en réalité que des légataires, comme dans les pays de coutumes.

De plus, dans ces pays, le légataire universel était également obligé de fournir les légitimes, sans réduction des legs à titre particulier; tandis que le Code veut, au contraire, et à moins que le testateur n'en ait disposé autrement, que les réserves soient formées par une réduction opérée indistinctement, et au marc le franc, tant sur les legs particuliers que sur les legs universels. (Art. 926.)

Il résulte de ces observations que, dans le cas où il n'y a pas d'héritiers à réserve, et que les legs particuliers absorbent plus des trois quarts de la succession, dettes déduites, le Code civil est moins favorable au légataire universel que ne l'était à l'héritier institué la législation des pays de droit écrit, puisque ce légataire est obligé d'acquitter *tous* les legs (jusqu'à concurrence du moins de

(1) Le projet du Code consacrait *la falcidie*.

l'actif), tandis que sous cette législation, l'héritier eût pu les faire réduire pour avoir la quarte falcidie. Le légataire universel est traité, dans ce cas, sous le Code, comme il l'était dans le droit coutumier.

Mais s'il y a des héritiers à réserve, ainsi que le suppose l'art. 1009 (aussi bien que l'art. 926), il est traité plus favorablement que ne l'était le légataire universel des pays de coutumes, en ce que les réserves ne sont pas prises uniquement sur son legs ; elles sont prises sur tous les legs indistinctement, au marc le franc, à moins que le testateur n'ait manifesté une volonté contraire, le tout suivant ce que nous avons établi au tome précédent (1), en analysant les art. 926 et 927.

205. Du reste, l'art. 1009 n'est pas clairement rédigé, en ce que c'est aussi dans la supposition du *concours* du légataire universel avec un héritier à réserve, qu'il dispose, en principe, que le légataire universel *est tenu d'acquitter tous les legs* (2) ; il fait il est vrai de suite exception pour le

---

(1) N° 360 et *sequent.*

(2) Ces mots, *il est tenu d'acquitter tous les legs, sauf le cas de réduction,* etc., ont peut-être été mis par opposition à la disposition précédente, relative aux dettes, dont les héritiers à réserve sont tenus comme le légataire universel lui-même, qui ne les supporte personnellement que pour sa part; tout comme si les rédacteurs du Code avaient voulu dire : Le légataire universel n'est bien tenu des dettes que pour sa part, mais pour les legs, il en est tenu en totalité par rapport aux héritiers réservataires, dont la réserve doit toujours être intacte; il en est seul tenu en ce qui les concerne, mais sauf à

cas de l'art. 926, mais précisément cet article statue dans la même hypothèse, celle de l'existence d'héritiers à réserve et d'un legs universel. Or, dans ce même cas, le légataire universel, loin d'être tenu d'acquitter *tous les legs*, a le droit de les faire contribuer au marc le franc pour fournir les réserves : en sorte que l'on n'aperçoit pas le cas du principe établi d'abord dans l'art. 1009, puisque l'on se trouve placé par le fait dans celui de l'exception, dans celui de l'art. 926, auquel il renvoie lui-même pour l'application de cette exception ; en un mot, l'exception et la règle semblent se confondre, l'une et l'autre statuant ou paraissant statuer sur le même cas, celui du *concours* d'un légataire universel avec des héritiers auxquels la loi réserve une quotité des biens, et lorsqu'il y a d'autres legs.

Cette confusion n'eût pas existé si, en décidant que le légataire universel serait tenu d'acquitter tous les legs, l'on avait établi cela par une proposition principale et indépendante de tout autre, sans supposer, comme on le fait, que ce légataire est en concours avec des héritiers à réserve. Si l'on se fût borné à prohiber la retenue de la falcidie, alors l'exception apportée à la règle aurait eu pour objet le cas prévu à l'art. 926, celui où il y a lieu à réduire les dispositions testamentaires pour fournir

---

les faire réduire pour fournir les réserves, aussi bien que le sien le sera lui-même, conformément à l'art. 926. C'est bien là le sens probable de cet art. 1009, mais la rédaction ne le rend pas clairement, tant s'en faut. Au surplus, nous allons l'expliquer.

les réserves, réduction qui doit porter indistinctement sur les legs particuliers comme sur les legs universels, au marc le franc. La rédaction eût été beaucoup plus claire et plus logique.

Quoi qu'il en soit, le légataire universel en concours avec des héritiers au profit desquels la loi fait la réserve d'une portion des biens, n'acquittera *tous les legs* qu'après leur avoir fait subir la réduction dont ils sont passibles d'après les art. 926 et 927 ; mais, ainsi que nous l'avons dit précédemment (1), si le testateur s'est borné à faire, sous le mode universel, le legs de *son disponible* ou de *sa portion disponible*, au lieu de faire le legs *de tous ses biens* ou de l'*universalité de ses biens*, le légataire n'a pas le droit, selon nous, d'invoquer l'art. 926 ; car n'ayant reçu du défunt que le disponible, il n'y a rien à lui retrancher pour fournir les réserves, qui ne lui ont pas été données : par conséquent il ne peut pas dire aux légataires particuliers qu'ils doivent subir aussi une réduction, puisqu'il n'en subit pas lui-même. Les legs particuliers, dans ce cas, sont seulement une charge du sien ; ils n'affectent point les réserves. C'est la manière la plus naturelle de concilier ces art. 926 et 1009. Au surplus, nous n'en regardons pas moins pour cela le legs *du disponible* comme universel, à cause du bénéfice de l'éventualité, pour le cas où il n'y aurait point de réserve à fournir, par-

---

(1) N° 183.

ce que les réservataires qui existaient au moment du testament seraient venus à mourir avant le testateur, ou renonceraient à la succession, ou seraient indignes d'y prendre part.

SECTION VIII.

Des legs à titre universel.

SOMMAIRE.

206. *Définition du legs à titre universel d'après l'art.* 1010.

207. *Cette définition est incomplète : il importe de bien distinguer en quels termes est fait le legs d'une quotité ; dans combien de cas peut-il y avoir legs à titre universel.*

208. *Les diverses espèces de legs à titre universel peuvent être en usufruit seulement, et ils ne dégénèrent pas pour cela en legs à titre particulier.*

209. *Le légataire à titre universel doit demander la délivrance dans tous les cas. Dans quel ordre il doit la demander.*

210. *Il peut y avoir tout à la fois legs universel et legs à titre universel. Diverses distinctions importantes.*

211. *Aucune disposition du Code ne statue sur les fruits quand il s'agit de legs à titre universel. Dans quels cas sont-ils dus au légataire qui forme sa demande dans l'année du décès du testateur.*

212. *Le légataire à titre universel contribue à l'acquittement des dettes et charges; texte de l'art.* 1012.

213. *Comment se règle la contribution aux dettes quand le legs est des immeubles ou du mobilier, ou d'une quote-part de l'une ou l'autre espèce de biens.*

214. *Droits des créanciers.*

215. *Le légataire à titre universel contribue à l'acquittement des legs particuliers avec les héritiers légitimes.*

216. *Lorsque le legs à titre universel est d'une quote-part de tous les biens indistinctement, la contribution est facile, elle est proportionnelle.*

217. *Si le legs est des immeubles ou du mobilier, les legs de corps certains sont fournis par ceux qui recueillent l'espèce de biens dont font partie ces objets.*

218. *Les legs de sommes se prennent sur le numéraire trouvé dans la succession, et par conséquent restent à la charge seulement de ceux qui recueillent le mobilier.*

219. Quid *des legs de sommes quand il n'y a pas suffisamment de numéraire dans la succession pour les acquitter? restent-ils à la charge seulement de ceux qui recueillent le mobilier?*

220. *Texte de l'art.* 1013 *sur le legs à titre universel d'une quotité de la portion disponible seulement.*

221. *Le légataire dans ce cas contribue aussi au paiement des dettes, et de quelle manière.*

222. *Il contribue aussi au paiement des legs particuliers avec les héritiers légitimes, et dans quelle proportion.*

223. *Les legs de corps certains, meubles ou immeubles, se prélèvent sur la masse, et l'on règle ensuite la quotité léguée sur le surplus.*

206. L'article 1010 définit le legs à titre universel « celui par lequel le testateur lègue une quote-part « des biens *dont la loi lui permet de disposer*, telle « qu'une moitié, un tiers, ou tous ses immeubles, « ou tout son mobilier, ou une quotité fixe de tous « ses immeubles, ou de son mobilier.

« Tout legs, dit-il, ne forme qu'une dispo- « sition particulière. »

Et, suivant l'article 1013, il y a aussi legs à titre universel, « lorsque le testateur n'aura disposé que « d'une quotité *de la portion disponible*, etc. »

207. Toutefois cette définition du legs à titre

universel, que donne l'article 1010, « une quote-« part des biens dont la loi permet au testateur « de disposer, » est incomplète; elle a besoin du moins d'explication : elle se confond avec le cas de l'article 1013, qui est simplement celui du legs d'une quotité de la portion disponible; tandis qu'il y a aussi legs à titre universel quand le testateur a légué une quotité *de tous ses biens*, quoiqu'il n'ait pu disposer de tout son patrimoine, parce qu'il a laissé des héritiers auxquels une portion de la succession est réservée par la loi.

Aussi faut-il bien considérer les termes de la disposition.

Si le testateur a dit : *Je lègue le quart de mes biens à Paul*, ce legs porte sur tous les biens indistinctement, soit que le disposant ait ou non laissé des héritiers à réserve.

Mais s'il a dit : *Je lègue à Paul le quart de ce dont je puis disposer* ou *de ma portion* ou *quotité disponible*, et qu'il laisse par exemple un enfant, qui accepte sa succession, le legs ne se trouve être que du huitième de toute l'hérédité, puisque le disponible, dans l'espèce, n'est que de la moitié des biens. (Art. 913.) Le legs ne serait du quart qu'autant qu'il n'y aurait pas de réserve à fournir, à cause du prédécès de l'enfant ou de sa renonciation à la succession, ou de son indignité, en admettant qu'il n'y eût pas d'ascendans. Mais alors il serait du quart de toute la succession, quoiqu'il ait été fait en termes formels du quart *du disponible* seulement,

car le disponible se trouverait être par le fait de la totalité de l'hérédité. La valeur du legs était d'abord incertaine, éventuelle ; elle ne devait se déterminer qu'ultérieurement, en raison de ce qu'il y aurait ou non une réserve, dont la quotité pouvait elle même varier par des circonstances postérieures au temps où le testateur a fait son testament.

Il y a donc, d'après les articles 1010 et 1013 combinés, six cas dans lesquels on doit voir un legs à titre universel : 1° celui du legs d'une quote-part de tous les biens indistinctement ; 2° du legs d'une quotité de la portion disponible ; 3° le legs de tous les immeubles ; 4° de tout le mobilier ; 5° d'une quotité fixe de tous les immeubles ; et 6° d'une quotité de tout le mobilier.

208. Tous ces legs peuvent être faits en usufruit seulement aussi bien qu'en propriété ; et il ne faudrait point, par application de la disposition finale de l'article 1010, y voir des legs à titre particulier ; car les légataires à ce titre, soit en propriété, soit en usufruit, ne sont point tenus des dettes de la succession, sauf l'exercice de l'action hypothécaire, comme contre tout détenteur quelconque de l'objet hypothéqué, et avec le recours tel que de droit (art. 611, 871 et 1024) ; tandis que le légataire à titre universel en usufruit est tenu de contribuer au paiement des dettes de la successiou de l'une des manières exprimées à l'article 612, ce qui suffirait, quand bien même il n'y aurait pas

d'autres raisons, pour qu'on ne pût dire, même en théorie, que ces legs sont des legs particuliers. Aussi les articles 610 du Code civil et 942 du Code de procédure parlent-ils expressément *des légataires universels en usufruit*, comme des légataires universels en nue propriété. Le bon sens, d'ailleurs, ne permet pas de voir un legs à titre particulier dans le legs de l'usufruit de l'universalité des biens, ou d'une quote-part de tous les biens, quand, d'un autre côté, il y a legs particulier dans la disposition de l'usufruit d'un objet spécial.

La disposition finale de l'article 1010 n'a donc pas eu en vue ces sortes de legs.

209. Les légataires à titre universel sont tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi; à leur défaut, aux légataires universels, et au défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre *des Successions*. (Art. 1011.)

En sorte que, lors même que les différens legs à titre universel qui ont pu être faits ne laisseraient rien aux héritiers légitimes, les légataires n'en devraient pas moins leur demander la délivrance, sauf à ces héritiers, les seuls saisis, à renoncer à l'hérédité, auquel cas les légataires feraient nommer un curateur à la succession vacante, pour leur faire la délivrance. Et suivant ce qui a été dit *suprà*, n° 185, ils ne seraient point obligés pour cela de former auparavant leur demande successivement contre tous

les parens jusqu'au douzième degré, dans l'une et l'autre ligne, sur la tête desquels le droit héréditaire serait venu se placer par la renonciation de ceux qui les précédaient; car on n'en finirait pas s'il fallait suivre cet ordre; la pureté des principes le voudrait sans doute ainsi; mais, comme on l'a dit au tome précédent à l'égard des demandes des créanciers, on s'est éloigné de ces principes rigoureux, dont l'application entraînerait trop de difficultés, de lenteur et de frais. Et la raison est la même en ce qui concerne la demande en délivrance des légataires.

Dans le cas où il n'y aurait pas de parens au degré successible, ni enfans naturels reconnus, ni conjoint survivant, le légataire à titre universel devrait encore demander la délivrance à l'État, après que celui-ci aurait obtenu l'envoi en possession, conformément à ce qui est prescrit ou titre *des Successions*. S'il y avait un enfant naturel reconnu, ce serait également à lui, mais après qu'il aurait obtenu l'envoi en possession, que le légataire à titre universel devrait demander la délivrance; et par la même raison s'il n'existait point d'enfant naturel, mais que le conjoint eût survécu, ce serait pareillement à lui, et après aussi qu'il aurait été envoyé en possession, que le légataire devrait s'adresser. L'enfant naturel, le conjoint survivant et l'État sont, quant à cet objet, *loco heredis*, lorsqu'il n'y a pas de parens au degré successible, ni de légataire ou donataire universel; ils sont appelés aux biens dans l'ordre tracé par la loi; ils tiennent lieu d'héritiers; ils sont *successeurs irré-*

guliers, il est vrai, mais ils sont successeurs; or, l'art. 1011 veut que le légataire universel demande la délivrance aux héritiers dans l'ordre établi au titre des successions, et le mot *héritiers* est pris ici d'une manière générique. Le légataire ne peut pas se faire à lui-même sa part, il faut qu'il ait un contradicteur (1).

210. L'art. 1011 suppose évidemment qu'il peut y avoir tout à la fois legs universel et legs à titre universel, même d'une quote-part de tous les biens, puisqu'il ne distingue pas. Cela pourrait même avoir lieu quoiqu'il y eût des héritiers auxquels une quotité des biens serait réservée par la loi.

Quand c'est par le même testament que les deux legs ont été faits, si le légataire universel ne recueille pas, le legs à titre universel reçoit son exécution comme si le premier n'eût pas été fait. Si c'est le legs à titre universel qui manque son effet, le legs universel, qui se serait trouvé diminué par lui, cesse de l'être.

Si les deux légataires recueillent, le legs universel se trouve réduit par ce concours, et nous allons voir de combien. Il n'y a pas à distinguer quel est celui des legs qui a été écrit le premier dans l'acte, quand d'ailleurs rien n'indique que le testateur a voulu révoquer ou modifier sa volonté exprimée par la première clause.

---

(1) *Voy.* tom. VII, n° 60.

Si les deux dispositions ont été faites par des actes séparés, de dates différentes, et que le legs à titre universel soit le dernier, il révoque le legs universel de toute la quotité ou de toute l'espèce de biens dont il se compose. Mais si c'est le legs universel qui est postérieur, alors il s'agit de savoir s'il ne révoque pas absolument le legs à titre universel, et c'est un point que nous discuterons en traitant de la révocation des legs.

Enfin quand les deux legs sont faits par le même acte, il faut distinguer de quelle sorte est le legs à titre universel : s'il est des immeubles ou des biens meubles, ou d'une quote-part des uns ou des autres, il diminue le legs universel de tout ce dont il se compose, d'après la règle *specialia generalibus derogant;* car, par rapport à l'universalité des biens, ce legs, quoique qualifié à titre universel par le Code, est néanmoins un legs spécial, puisqu'il n'a pour objet qu'une espèce ou une quotité d'une espèce de biens. Dans ce cas, le résultat serait le même, soit que les deux legs eussent été faits dans le même acte, soit que le legs à titre universel fût postérieur au legs universel : dans les deux hypothèses, il serait une *délibation* de ce dernier legs.

Et il diminuerait pareillement le legs universel de la quotité dont il se composerait, quoiqu'il fût d'une portion de tous les biens indistinctement, s'il n'était pas d'une quotité qui excédât la moitié ; mais s'il l'excédait, par exemple, s'il était des deux tiers ou des trois quarts, et que les deux disposi-

tions fussent portées dans le même acte, ainsi que nous le supposons, le legs universel ne serait cependant diminué que de la moitié par ce legs à titre universel. La raison en est simple : le total ne peut pas être un droit moindre, dans les résultats, qu'une quotité de ce total, quelle qu'elle soit. En effet, si, au lieu d'être de l'universalité, la disposition n'eût été que d'une quotité égale à celle de l'autre, il y aurait eu partage par égales portions entre les deux légataires ; il y aurait eu pareillement partage par égales portions, si les deux legs eussent été chacun de l'universalité : donc, dans l'espèce en question, où l'une des dispositions n'est que d'une quotité seulement, et où elles ont été faites toutes deux par le même acte, le legs à titre universel ne peut pas être en définitive d'une portion plus forte que celle que doit avoir le légataire universel.

S'il en est autrement lorsque le legs à titre universel d'une portion des biens indistinctement est postérieur au legs universel, et qu'il est d'une quote part excédant la moitié, c'est parce qu'il révoque le legs universel de toute la quotité dont il se compose, par translation d'une personne à une autre, ainsi que nous l'expliquerons avec plus d'étendue dans la suite. Au lieu que lorsque les deux dispositions sont portées dans le même acte, il n'y a pas révocation de l'une par l'autre, à moins de volonté contraire du testateur ; il y a seulement concours : *concursu eorum partes fiunt.* Or, celui à qui le total a été

donné par une disposition spéciale, doit à tout le moins avoir des droits égaux à celui qui n'a qu'une part de ce total, quelle que forte que soit cette part. Et si le résultat peut être différent aussi lorsque le legs à titre universel est d'une espèce de biens, par exemple, des immeubles, c'est parce qu'évidemment le testateur a voulu, dans le cas du concours des deux légataires, retrancher les immeubles du legs universel; et comme il a pu prévoir que le légataire universel ne recueillerait pas, il a été utile, dans cette prévoyance, de faire l'autre legs de l'universalité des biens, au lieu de le faire du mobilier seulement, parce que le legs à titre universel manquant, le legs universel devait rester avec ses effets entiers, selon sa nature, puisque la circonstance qui pouvait en diminuer la valeur ne se serait pas réalisée.

211. Aucune disposition de la section du Code qui traite des legs à titre universel ne s'explique sur les fruits, tandis que les art. 1005 et 1014 en parlent expressément: l'un, en ce qui concerne le legs universel, l'autre, par rapport au legs à titre particulier. De ce silence est née la question de savoir si le légataire de moitié des biens, par exemple, qui forme sa demande en délivrance dans l'année du décès du testateur, a droit aux fruits pour sa part, à partir du décès, comme le légataire universel, dans le même cas; ou s'il n'y a droit, dans toutes les hypothèses, que du jour de sa demande en délivrance,

ou du jour où la délivrance lui a été volontairement consentie?

L'on doit décider que le légataire à titre universel d'une quote part des biens a droit aux fruits à partir du décès du testateur, s'il forme sa demande dans l'année à compter de ce décès; car la raison qui veut que le légataire universel y ait droit, quoiqu'il y ait des héritiers à réserve, est la même pour le légataire d'une portion seulement : dans les deux cas l'hérédité, comme universalité, s'augmente des fruits, et le légataire qui a une quote part dans cette universalité, doit avoir, par le même motif, une quote part de cette universalité ainsi augmentée. Le légataire universel lui-même n'a pas d'autre raison en sa faveur pour prétendre aux fruits; il n'a d'ailleurs également qu'une quote part quand il y a des réservataires, ainsi qu'on le suppose. Il pouvait, il est vrai, avoir le tout, mais précisément on lui accorde les fruits à partir du décès dans le cas où il n'a qu'une portion de l'hérédité, et où il n'est pas plus saisi que ne le serait un légataire à titre universel : ce qui démontre bien que la saisine est sans influence relativement aux fruits.

Il en devrait être de même dans le cas du legs du mobilier et quant aux fruits produits par ce mobilier, comme les intérêts des sommes dues, les arrérages des rentes, etc. : ces fruits augmentent la masse du mobilier légué, et par conséquent le légataire qui forme sa demande en délivrance dans l'année du décès doit y avoir également droit.

Mais le légataire des immeubles ne peut prétendre aux fruits produits par ces mêmes immeubles qu'à partir du jour de sa demande en délivrance (ou du jour où elle lui a été volontairement consentie), à quelque époque qu'il forme sa demande, attendu que des fruits ne peuvent augmenter la masse des biens immobiliers, puisqu'une fois qu'ils sont séparés du fonds ce sont des choses mobilières. On reste donc à leur égard dans le droit commun, suivant lequel les fruits ne sont dus aux légataires que du jour de leur demande en délivrance, ou du jour où cette délivrance leur a été volontairement consentie, conformément à l'art. 1014.

C'est peut être à raison de ces distinctions, qui ressortent de la nature des choses, et qui sont appuyées sur les vrais principes, que les rédacteurs du Code ont cru devoir garder le silence sur les droits des légataires à titre universel relativement aux fruits, laissant à la doctrine le soin d'établir dans quels cas ils leur seraient dus.

212. Le légataire à titre universel est tenu, comme le légataire universel, des dettes et charges de la succession, personnellement pour sa part, et hypothécairement pour le tout (Art. 1012.); sauf, dans ce dernier cas, son recours contre les héritiers.

Et il faut assimiler aux dettes les frais funéraires, ceux de dernière maladie, d'apposition de scellés, d'inventaire, et autres analogues : ce sont des *charges* de la succession.

Si donc le legs à titre universel est du tiers des biens indistinctement, le légataire est tenu du tiers des dettes, et du tiers de chacune d'elles, sauf les arrangemens qu'il peut faire avec les héritiers ou autres successeurs universels. Il n'y a pas de difficulté sur ce cas.

213. Mais si le legs est des immeubles ou des biens meubles, ou d'une quote part des uns ou des autres, pour régler la contribution du légataire aux dettes, il y a nécessité de faire une ventilation, c'est-à-dire une appréciation des biens compris dans le legs, comparativement à la valeur des autres biens : de là, s'ils forment le tiers de la valeur totale de l'hérédité, le légataire est tenu du tiers des dettes : car les dettes ne restent pas à la charge seulement de ceux qui recueillent le mobilier, ainsi que cela avait lieu dans plusieurs de nos anciennes coutumes, surtout en matière de succession *ab intestat :* alors l'héritier aux meubles était seul tenu des dettes mobilières ; ces dettes sont à la charge de tous le biens, comme dans le cas d'une succession échue à l'un des époux mariés en communauté, où les dettes de cette succession ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier, eu égard à sa valeur comparée à celle des immeubles. (Art. 1414.)

214. Au reste, les créanciers n'en ont pas moins leur action entière contre les héritiers légitimes, les seuls saisis, et contre chacun d'eux pour sa part

héréditaire ; sauf le recours de ces derniers contre le légataire, s'ils ont été obligés de payer sa portion de dettes. Ils peuvent même ne lui relâcher les biens composant le legs qu'autant qu'il leur donne bonne sûreté que sa part sera exactement acquittée. Enfin, les créanciers peuvent poursuivre aussi le légataire, personnellement pour sa part, et hypothécairement pour le tout, puisque celui-ci est détenteur des biens, et qu'il n'y a de biens que dettes déduites.

Le droit des créanciers, de pouvoir poursuivre chacun des héritiers pour sa part héréditaire, nonobstant l'existence du legs à titre universel, est surtout incontestable quand ce legs est seulement d'une espèce de biens, comme les immeubles ou les meubles, ou d'une quote-part des uns ou des autres ; car on ne peut les obliger à faire une ventilation pour déterminer quelle est la portion que le légataire doit supporter dans les dettes : cette opération serait pour eux extrêmement gênante, et même souvent ils n'auraient pas les moyens de la faire avec exactitude ; il faudrait pour cela faire faire des estimations, des expertises, qu'ils n'auraient même pas généralement le droit de requérir ; tandis qu'elle peut se faire facilement entre les héritiers et les légataires. Mais notre décision à cet égard s'applique même à tous les cas, suivant ce que nous avons dit au tome VII, en parlant du paiement des dettes de la succession.

215. Le légataire à titre universel est tenu, d'a-

près l'article 1012, *des charges* de l'hérédité, personnellement pour sa part, et hypothécairement pour le tout, par conséquent il est tenu des legs particuliers; car ces legs sont des charges de la succession, suivant l'article 724 et autres. Mais, à ce sujet, il faut distinguer quelles sont les diverses sortes de dispositions, lorsque le testateur ne s'est d'ailleurs pas expliqué.

216. Si le legs à titre universel est d'une quote-part de tous les biens, comme le tiers, le quart, le légataire est tenu des legs particuliers dans la proportion de sa part, et dans ce cas il ne peut guère y avoir lieu à difficulté. Le résultat est le même, soit que l'on procède au paiement de ces legs par prélèvement sur la masse, soit que chacune des parties les paie pour sa part; et ce prélèvement doit nécessairement avoir lieu pour les legs de corps certains, meubles ou immeubles; alors on partage le surplus dans les proportions réglées par le testament.

217. Mais si le legs à titre universel est des immeubles, par exemple, les legs spéciaux de biens de même sorte sont à la charge seulement du légataire à titre universel, comme étant une *délibation*, une diminution de son legs; et les legs d'effets mobiliers, par exemple des meubles garnissant telle maison, ou de la bibliothèque du défunt, ou de tout autre corps certain et déterminé, sont

à la charge de ceux qui recueillent le mobilier. Et *vice versâ*, si le legs à titre universel est du mobilier, les legs particuliers d'immeubles restent à la charge des héritiers légitimes seulement, et ceux d'effets mobiliers désignés sont à la charge du légataire à titre universel.

En un mot, les legs d'objets légués comme corps certains et déterminés demeurent à la charge de ceux qui ont la généralité de la classe de biens dans laquelle se trouvent compris ces objets : *specialia generalibus derogant.*

218. S'il y a aussi des legs de sommes, et qu'il y ait suffisamment de numéraire dans la succession pour les acquitter, ils restent à la charge de ceux qui recueillent le mobilier, lors même que ces legs seraient à terme ou sous condition; car il est présumable que le testateur a entendu que le numéraire qu'il laissait servirait au paiement de ces legs; sauf volonté contraire de la part du disposant, ce qui s'estimerait d'après les termes du testament.

219. Mais s'il n'y a pas de numéraire dans la succession, ou si celui qui est trouvé est insuffisant pour acquitter les legs de sommes, ces legs doivent-ils également rester, pour le surplus, à la charge seulement de ceux qui recueillent le mobilier; ou bien ce qui manque doit-il être aussi à la charge de ceux qui recueillent les immeubles, dans la proportion de la valeur respective de ces diverses

sortes de biens, défalcation faite, sur le mobilier, du numéraire qui aurait servi à acquitter en partie ces legs de sommes?

Si le testateur a exprimé sa volonté, elle sera suivie, sans préjudice du droit des réserves qui, dans toutes les hypothèses, doivent être entières; mais dans le cas où il ne s'est pas expliqué à cet égard, la question est délicate. D'une part, on dira peut-être que tout legs mobilier, soit de sommes, soit de quantités, soit d'objets légués *in genere*, soit enfin de corps certains, doit être à la charge du mobilier en général, comme une *délibation* de ce mobilier, parce que la volonté du testateur a probablement été de l'en grever plus particulièrement que les immeubles, et qu'il a entendu que ce ne serait qu'en cas d'insuffisance, que les biens immobiliers contribueraient aussi au paiement de ces diverses sortes de legs. Mais, d'un autre côté, l'on peut dire que rien n'atteste assez clairement la volonté du défunt à cet égard. Quand il ne laisse pas de numéraire dans sa succession, et qu'il fait néanmoins des legs de sommes, on ne voit pas pourquoi les immeubles ne contribueraient pas aussi bien au paiement de ces legs, que ses meubles meublans, sa bibliothèque, ses contrats de rente, ses créances et ses autres objets mobiliers, qui, dans leur généralité, composent ce qu'on appelle *le mobilier*, mais qui, considérés par rapport aux immeubles, sont des objets distincts, et ne doivent en conséquence être chargés des legs qui ne sont point de choses dépendantes

de la classe dont ils se composent, que comme les immeubles eux-mêmes.

Les legs de denrées seraient pris sur celles qui existeraient dans la succession ; et s'il n'y en avait pas, on procéderait comme pour les legs de sommes.

220. L'art. 1013 qui, ainsi que nous l'avons dit, prévoit aussi le cas d'une espèce de legs à titre universel, porte que : « Lorsque le testateur n'aura dis-« posé que d'une quotité de la portion disponible, « et qu'il l'aura fait à titre universel, ce légataire sera « tenu d'acquitter les legs particuliers par contri-« bution avec les héritiers naturels. »

On suppose ici qu'il y a des héritiers auxquels il est dû une réserve, puisqu'on statue sur le cas où le testateur a disposé d'une quotité de la portion disponible; car, s'il n'y avait pas de réservataires, il n'y aurait pas de *portion* disponible : tout serait disponible.

Cependant, si les enfans ou ascendans que le testateur croyait laisser quand il a fait le legs d'une portion du disponible seulement, étaient venus à mourir avant lui, ou renonçaient à sa succession, ou étaient indignes, alors le disponible étant de toute l'hérédité, le legs serait par cela même d'une portion aliquote de toute la succession ; et les dettes et les legs particuliers seraient acquittés sans difficulté par le légataire et les héritiers légitimes, dans la proportion de leurs droits respectifs, comme

dans le cas où le legs est d'abord fait en termes formels d'une quote part de tous les biens indistinctement.

Mais lorsqu'il y a lieu à la réserve, par exemple parce qu'il y a un enfant qui se porte héritier, et que le legs à titre universel est de la moitié du disponible, la contribution aux dettes, dont ne parle pas au surplus l'art. 1013, n'offre non plus aucune difficulté; mais il n'en est pas tout à fait ainsi de la contribution aux legs particuliers.

221. D'abord, quant aux dettes, comme il faut les déduire, au moins fictivement, pour calculer la portion disponible (art. 922), et par conséquent pour calculer la quotité de cette portion qui est l'objet du legs à titre universel, on prendra l'un ou l'autre de ces deux partis : ou l'on déduira de la masse des biens, la masse des dettes, et des charges de la succession qui sont assimilées aux dettes, tels que les frais d'inhumation, de scellés et d'inventaire, et l'on calculera ce à quoi se trouve déterminé le legs à titre universel, dont la délivrance sera faite en raison de cette déduction; ou bien, si les dettes ne sont pas encore échues, et qu'on ne juge pas à propos de les acquitter de suite, on partagera les biens sans en défalquer ces dettes, et chacun sera tenu d'en acquitter sa part, dans la proportion de celle qu'il prendra dans la succession.

222. Quant à la contribution aux legs particu-

liers, supposons une succession de 100,000 francs, toutes dettes et charges assimilées aux dettes, déduites, un enfant, un legs de la moitié de la portion disponible, et 10,000 francs de legs particuliers.

Le légataire à titre universel qui, dans l'espèce, n'a que le quart de la succession, puisqu'il n'a que la moitié du disponible, et que le disponible n'est lui-même que de la moitié de l'hérédité; ce légataire, disons-nous, ne doit-il contribuer au paiement des legs particuliers que pour un quart de leur montant, ou 2,500 francs seulement, ou bien pour la moitié, ou 5,000 francs? C'est demander, en d'autres termes, si les legs à titre particulier sont une charge de toute la succession, ou bien seulement du disponible.

Si le testateur eût fait le legs de son disponible indéfiniment, les legs particuliers, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire plusieurs fois en expliquant les art. 926 et 1009, eussent été à la charge seulement du légataire de ce disponible, puisque la réserve, par la nature même de la disposition, aurait été en dehors du legs, et que ce légataire n'aurait pas pu dire aux légataires particuliers, et par application de l'art. 926 : On me fait subir un retranchement pour fournir la réserve, subissez-en un de votre côté, et proportionnellement; car, de fait, on ne lui aurait rien retranché, attendu qu'on ne lui avait donné que le disponible. Donc, par l'effet du même principe, le légataire d'une quotité seu-

lement de la portion disponible doit payer les legs particuliers dans la proportion de cette quotité, par conséquent, dans l'espèce, il doit payèr 5,000 fr. Les legs des 10,000 francs, en un mot, ont été mis à la charge du disponible, et non à la charge de la succession entière. Cela est encore démontré par la combinaison des art. 1012 et 1013; car s'il ne fallait pas entendre le dernier en ce sens, sa disposition serait superflue, puisque le premier, en statuant sur la contribution aux dettes et aux *charges* de la succession entre le légataire à titre universel et les héritiers légtimes, avait déjà tout réglé à cet égard dans le sens de l'opinion contraire.

223. Au surplus, si des legs de corps certains, meubles ou immeubles, avaient été faits, ces legs seraient à la charge de la succession entière, en ce sens que ce serait un prélèvement à faire pour calculer la portion disponible et ensuite la quotité qui en a été léguée à titre universel. De cette manière, le légataire à titre universel contribuerait à leur acquittement comme les héritiers légitimes, mais seulement dans la proprotion de sa part comparée à la leur. Le testateur n'a pas entendu que la contribution pût être différente dans ce cas; il a voulu uniquement que les corps certains fussent prélevés sur la masse, et non pas que le légataire d'une quotité du disponible fût tenu d'acquitter la valeur de ces objets sur sa part, pour une portion plus forte que cette quotité comparée au total de

l'hérédité. Par exemple, si le testateur avait légué à Paul sa maison ou sa bibliothèque, et à Jean la moitié de son disponible, il n'y a pas à douter que la quotité du disponible léguée ne dût être calculée distraction faite de la maison ou de la bibliothèque, de manière toutefois que la réserve, calculée sur tous les biens, toutes dettes déduites (art. 922), fût toujours entière.

SECTION IX.

Des legs particuliers.

SOMMAIRE.

224. *Division de la section.*

§ Ier.

Quels sont les legs à titre particulier.

225. *Tout legs qui n'est pas universel ou à titre universel, est un legs particulier.*

226. *Sans préjudice du legs universel ou à titre universel en usufruit seulement.*

227. *Le legs de toutes mes vignes, de tous mes bois, de toutes mes maisons, est un legs particulier, quoique, de fait, je n'eusse pas d'autres immeubles.*

228. *Il en est de même du legs de mes biens des colonies, ou de tel département.*

229. *Ce que comprend le legs des biens que* j'ai *dans tel département, s'il vient à m'en échoir par la suite dans ce département.*

230. *Le legs d'un droit d'hérédité est aussi un legs particulier.*

231. *Par le fait, un legs particulier peut comprendre tout ce que laisse le disposant : Exemple.*

232. *Sous plusieurs rapports, on doit assimiler les charges imposées à un légataire sur ses propres biens, à des legs faits par le testateur.*

§ II.

Des choses que l'on peut léguer.

233. *En général, on peut léguer toute espèce de biens qui sont dans le commerce, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.*

234. *Mais il faut que la chose léguée soit aussi dans le commerce particulier du légataire : Exemple d'un legs qui eût été nul avant la loi du 2 janvier* 1817.

235. *Exemple d'un autre legs qui serait pareillement nul aujourd'hui.*

236. *Du legs d'une charge ou du droit de présenter un successeur à l'agrément du roi.*

237. *Les recouvremens n'y sont pas nécessairement compris.*

238. *Ces legs, ainsi que ceux d'un fonds de commerce, des droits d'auteur, et autres analogues, font partie du legs du mobilier.*

239. *On peut aussi léguer des* faits, *pourvu qu'ils soient licites.*

240. *Ainsi que des choses indéterminées ou des quantités, pourvu qu'elles soient déterminables.*

241. *Il n'est pas de rigueur pour cela que le testateur laisse des choses de l'espèce de celles léguées.*

242. *Du legs de l'une des maisons du testateur, de l'un de ses fonds, etc.*

243. *Du legs d'une chose indéterminée qui ne se trouve point au nombre de celles qu'a laissées le testateur : Distinction.*

244. *Le legs de la chose d'autrui est nul aujourd'hui, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas ; droit ancien sur ce point.*

245. *Différens cas où l'on peut toutefois faire utilement le legs en y comprenant la chose d'autrui sous une alternative.*

264. *S'il est mort avant d'avoir fait son choix, son droit à cet égard passe aussi à ses héritiers.*

265. *Dans le cas d'un fonds légué, les acquisitions faites ensuite, quoique contiguës, ne font point partie du legs.*

266. Secùs *à l'égard des embellissemens, et d'un enclos dont le testateur a augmenté l'enceinte.*

267. Quid *lorsqu'un emplacement pour bâtir ayant été légué, le testateur y a construit un bâtiment? Divergence d'opinions des jurisconsultes romains sur ce point; chez nous on devrait pencher, en général, pour le maintien du legs, qui comprendrait par conséquent le bâtiment.*

268. *La chose léguée doit être délivrée avec ses accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur.*

269. *Aujourd'hui le legs d'un fonds fait sans réserve comprend les animaux attachés à la culture, ainsi que les autres objets réputés immeubles par destination.*

270. *Ce que comprend le legs d'une maison* avec tout ce qui s'y trouve.

§ III.

De l'effet des legs particuliers.

271. *Dans tout legs quelconque, le droit du légataire se transmet à ses héritiers, quand il l'a recueilli.*

272. *Le légataire particulier est obligé de demander la délivrance, et dans l'ordre établi à l'art.* 1011*; il n'a droit aux fruits qu'à partir du jour où il a formé sa demande, ou du jour où elle lui a été consentie.*

273. *Deux exceptions.*

274. *A la charge de qui sont les frais de la demande et les droits d'enregistrement.*

275. *Le légataire particulier n'est point tenu des dettes, sauf l'effet de l'hypothèque, auquel cas il a son recours tel que de droit.*

224. 1° Quels sont les legs à titre particulier ;
2° Quelles choses l'on peut léguer ;
3° Quels sont les effets de ces legs.

§ Ier.

Quels sont les legs à titre particulier.

225. Suivant les art. 1003, 1010 et 1013 combinés, tout legs qui n'est pas de l'universalité ou d'une quote part de l'universalité des biens, du disponible ou d'une portion du disponible, ou de tous les meubles ou de tous les immeubles, ou enfin d'une quote-part des uns ou des autres, est un legs à titre particulier.

226. Mais, comme nous l'avons dit, d'après les art. 611, 612 du Code civil, et 942 du Code de procédure, il peut y avoir des legs universels ou à titre universel *en usufruit*, qu'il ne faut pas confondre, même dans la théorie, avec les legs à titre particulier ; car les effets des uns et des autres ne sont pas en tout point les mêmes, notamment en ce qui concerne les dettes, dont les légataires à titre particulier ne sont pas tenus, tandis que les légataires universels ou à titre universel en usufrnit en sont tenus sous un rapport, ainsi qu'il est établi à l'art. 612 précité.

227. Le legs d'une somme, d'une créance sur un tiers, d'une action dans une compagnie de fi-

nances ou d'industrie, d'un intérêt dans une société de commerce (1), d'un cheval, d'un fonds, d'une maison, etc., forme donc un legs particulier.

Il en est de même du legs de toutes mes vignes, de toutes mes maisons, de tous mes bois, encore que je n'eusse d'autres immeubles que des vignes, des maisons ou des bois. Il pouvait m'en échoir, et ils n'auraient point été compris dans le legs.

Le legs des *meubles*, sans autre addition ni désignation, ne comprendrait même pas les objets mentionnés à l'art. 533, bien loin de comprendre tout *le mobilier* ou tous *les biens meubles*. Nous avons déterminé le sens de cette expression *meubles*, employée seule dans les dispositions de l'homme, sans autre addition ni désignation, au tome IV, nº 166 à 180. Nous ne reviendrons pas sur ce point; ce que nous avons dit à cet égard suffit.

228. Le legs de tous mes biens des Colonies, de tous mes biens de Languedoc, ne forme aussi qu'un legs particulier, lors même que je n'aurais pas d'autres biens ailleurs que dans les Colonies ou dans le Languedoc. Il pouvait m'en échoir autre part, qui par conséquent n'auraient pas été compris dans la disposition. Je pouvais même en avoir ailleurs au

---

(1) Pour le cas où le testateur a légué à l'un ses immeubles, et à l'autre ses meubles, ou qu'il a simplement légué ses biens meubles, et que la société comprend des immeubles, *voy.* ce qui a été dit au tom. IV, nº 123 et suivans, sur l'art. 529 du Code.

moment où je faisais mon testament, sans que je le susse.

229. Si je lègue tous les biens que *j'ai* dans tel département, et qu'une succession comprenant des biens situés dans ce département vienne ensuite à s'ouvrir à mon profit, ces biens ne feront pas partie du legs ; car il était déterminé aux biens que *j'avais* dans le département indiqué au moment où je disposais.

Mais, s'il était dit : « Je lègue tous les biens que je « *laisserai* dans tel département, » les biens provenant de la succession se trouveraient compris dans le legs ; car je pouvais les y comprendre, puisque ma disposition ne devait avoir effet que pour l'avenir. L'art. 1130 ne ferait aucun obstacle à cette décision.

230. A plus forte raison, le legs d'une succession déjà ouverte est-il un legs particulier. Mais, quoique le testateur eût déjà fait acte d'héritier, et fût ainsi devenu personnellement débiteur envers les créanciers de la succession, le légataire ne serait pas moins tenu d'en acquitter les dettes, à la décharge des héritiers du testateur, tout comme serait tenu de le faire un acheteur de l'hérédité (art. 1698). Il n'y a de biens que dettes déduites, et en léguant la succession qui lui était échue, le testateur a entendu la léguer telle qu'elle se composait.

230. Il peut enfin arriver qu'un legs particulier comprenne réellement tous les biens du disposant.

Tel serait le cas où une femme mariée en communauté et n'ayant aucuns biens propres, léguerait ses droits dans cette même communauté : ce ne serait encore qu'un legs particulier, d'après les motifs ci-dessus énoncés, mais un legs dont l'émolument se diminuerait virtuellement non seulement de la portion de la testatrice dans les dettes de la communauté, mais encore de toutes celles qui seraient à sa charge personnelle, par exemple les amendes qu'elle aurait encourues (art. 1424) ; car les dettes doivent toujours être payées avant les legs : *Nemo liberalis, nisi liberatus.* Il y aurait toutefois cette différence entre les dettes de la communauté et celles qui seraient personnelles à la testatrice, que, pour les premières, le légataire, dans tous les cas, devrait supporter la part contributoire de la femme, tandis qu'il ne serait tenu des dettes personnelles à cette dernière et non tombées à la charge de la communauté, qu'autant que personne ne se porterait héritier pur et simple de la testatrice. Sauf, au surplus, dans toutes les hypothèses, le droit des héritiers à réserve, s'il y en avait.

232. Il est encore une autre sorte de disposition particulière que l'on n'a point mise au nombre des legs faits à ce titre, et qui peut néanmoins être assimilée aux legs particuliers proprement dits: c'est celle par laquelle le testateur impose à son héritier, ou même à son légataire quelconque, la charge de faire quelque chose pour un tiers, ou de

lui donner, compter ou payer telle chose de ses propres biens. Par exemple, « je lègue ma « maison à Paul, à la charge (ou à condition) qu'il « fera une rente viagère de cent francs à son neveu « Philippe. « Quoique Philippe ne reçoive pas directement la rente sur mes propres biens; quoique cette rente ne soit pas une *délibation* de mon hérédité, et par cela même un véritable legs, cependant, en réalité, c'est moi qui suis le bienfaiteur, et par cette raison il est nécessaire que Philippe soit capable de recevoir de moi; autrement rien ne serait plus facile que d'éluder les lois sur les incapacités. Et ainsi que nous l'avons dit précédemment, il ne pourrait être témoin au testament par acte authentique. Mais nous expliquerons plus loin l'effet de ces *charges*.

§ II.

Des choses que l'on peut léguer.

233. On peut, en général, léguer toute sorte de biens, meubles ou immeubles, pourvu qu'ils soient dans le commerce. On peut léguer par conséquent des choses incorporelles, comme une créance, un droit d'usufruit, d'usage ou de servitude.

234. Il faut toutefois que la chose léguée soit aussi dans le commerce particulier du légataire, c'est-à dire qu'il puisse l'avoir et en jouir. De là, le legs d'immeubles fait à un établissement ecclé-

siastique avant la loi du 2 janvier 1817 (1) (et depuis les lois de la révolution) aurait été nul. Il n'eût même pas valu pour l'estimation, à moins que l'estimation n'eût aussi été léguée.

235. Pareillement, si on léguait à un individu qui est simplement possesseur d'un fonds et que l'on en croit propriétaire, un droit de servitude pour ce fonds, et que ce posseseur fût évincé avant que la servitude pût être acquise au fonds par l'usage (2), le legs serait nul; tellement que ce légataire ne pourrait ensuite traiter de la servitude avec celui qui l'a évincé.

Rien n'empêcherait, au surplus, de léguer à un individu non encore propriétaire d'un fonds un droit de servitude pour ce fonds au cas où il viendrait à l'acquérir. Ce serait un legs conditionnel, et la condition venant à se réaliser, le legs recevrait son effet comme dans les autres cas (3).

236. La loi de finances de 1816 a autorisé les fonctionnaires publics assujétis à un cautionnement, tels que les notaires, avoués, etc., et qui auraient fourni le supplément de cautionnement déterminé par cette loi, à présenter un successeur à l'agrément du Roi; en sorte que les charges, sous ce rapport, sont devenues cessibles, et par conséquent elles peuvent être léguées, en ce sens que le

---

(1) *Voy.* tom. IV, n° 218 et suivans.

(2) *Voy.* sur cette acquisition, tom. V, n° 591.

(3) *Vide ibid.*, n° 443.

légataire aura le droit de présenter, à son profit, un successeur à l'agrément du Roi. Il importerait peu que le testateur eût simplement dit qu'il léguait sa charge ou qu'il eût dit qu'il léguait le droit de présentation; ce droit, dans la première clause, serait compris dans le legs de la charge, parce que le legs de la charge elle-même ne peut pas être autre chose.

257. Mais le legs d'une charge de notaire, par exemple, ne comprendrait pas nécessairement les recouvremens à faire pour actes ou avances faites au jour du décès du disposant. Il faudrait, à cet égard, interpréter la volonté du défunt par les termes du testament; et, dans le silence de l'acte sur ce point les recouvremens ne seraient pas compris. Anciennement, où les offices étaient pour la plupart des droits immobiliers, on ne regardait pas *la pratique* et les recouvremens à faire comme un accessoire de la charge, puisque c'étaient des objets mobiliers (1); tandis que si c'eût été un accessoire de la charge, ils auraient participé de sa nature. Par la même raison, l'on ne devrait pas dire aujourd'hui que le simple legs de la charge ou du droit de présentation emporte nécessairement, comme accessoire, les recouvremens à effectuer.

258. Les charges, considérées comme renfermant le droit de présenter un successeur, sont aujourd'hui des choses mobilières : d'où il suit qu'elles font

---

(1) *Voy.* tom. V, n° 162.

partie du legs du mobilier; et il en est de même d'un fond de commerce, des droits d'auteur, des priviléges attachés aux brevets d'invention, et de tout droit quelconque sur les productions de l'esprit et du talent (1); le tout, sauf volonté contraire de la part du testateur.

239. On peut aussi léguer des *faits*, pourvu qu'ils soient possibles et licites. Par exemple : « Paul, mon « héritier, construira à ses frais un mur pour enclore « le jardin de Philippe. » C'est une charge que j'impose à mon héritier, et je le puis, n'importe que Paul soit mon héritier *ab intestat* ou testamentaire.

240. On peut aussi léguer des choses indéterminément, ou des quantités, pourvu toutefois qu'elles soient déterminables.

Elles sont déterminables par la désignation d'un genre, ou par la mesure ou le nombre.

Mais en droit, le *genre* ne se prend pas, comme dans le langage des naturalistes, pour *summum genus*; il s'entend d'une classe faisant partie elle-même de l'un des trois *genres*, ou règnes de la nature. Ainsi le legs d'un animal serait nul; car le débiteur du legs pourrait s'acquitter avec le plus vil insecte, ce qui, en réalité, ôterait au legs tout objet, en lui ôtant toute valeur. Tandis que le legs d'un cheval, d'un bœuf, est très valable.

De même un legs de grain, de vin, sans autre

---

(1) *Voy.* tom. IV, n° 160 à 166.

détermination, serait nul, parce que l'héritier pourrait se libérer en livrant un grain de blé ou une goutte de vin ; or, dans l'ordre moral, *presque rien* et *rien* ne diffèrent point.

Mais le legs du grain ou du vin qui sera annuellement nécessaire à un tel pour lui, ou pour lui et sa famille, est très valable, parce que la quantité léguée est très déterminable.

Pour les jurisconsultes, l'espèce, *species*, c'est *l'individu* ; au lieu que dans les sciences, l'espèce est une classe, une catégorie d'individus dépendans d'un genre plus élevé, plus étendu. Dans le Code, le mot *espèce* est tantôt pris dans le premier sens, tantôt dans le second ; bien mieux, dans le même article (1246) on le voit employé selon l'une et l'autre acception.

241. Quoiqu'on ne puisse, suivant le Code, (art. 1021) valablement léguer la chose d'autrui, néanmoins rien n'empêche de léguer telle chose que l'on n'aurait pas en nature dans son patrimoine ; mais à cet égard il est besoin de distinguer, à raison des diverses espèces de choses.

Pour celles qui sont léguées comme *quantités*, telles qu'une somme d'argent, cent boisseaux de blé, dix pièces de vin, etc., le legs n'en est pas moins valable, quoique le testateur ne laissât aucune de ces choses dans ses biens. On ne peut pas dire, en effet, que ce sont les choses d'autrui qu'il a léguées, puisque précisément elles n'appartiennent à per-

sonne. Le legs de la chose d'autrui ne peut raisonnablement s'entendre que du legs d'une chose déterminée et appartenant à un tiers. En léguant ces choses, le testateur a donc seulement imposé à son héritier l'obligation de s'en procurer de semblables, s'il n'en a point, pour les livrer au légataire. C'est une simple charge, et voilà tout.

242. Quant à celles qui sont léguées comme *corps*, par exemple un fonds de terre, une maison, un navire, un cheval, si le testateur en a de semblables dans ses biens, comme lorsqu'il a dit : *Je lègue un de mes fonds*, *une de mes maisons*, etc., le legs est également valable sans difficulté (1). Seulement le choix appartient à l'héritier, s'il n'a pas été réservé au légataire.

343. Si la chose léguée ne se trouve pas au nombre de celles qu'a le testateur dans ses biens, alors il faut distinguer : ou cette chose appartient à une classe ou espèce dont les individus ont une valeur commune généralement déterminable, quoiqu'il y ait d'ailleurs des différences plus ou moins considérables dans la valeur respective de chacun d'eux; ou bien l'objet légué est compris sous le nom donné à une classe de choses dont la valeur n'a pas une base commune et déterminable.

Dans le premier cas, le legs est valable, dans le

---

(1) *Vide* Vinnius sur le § 22, Instit. *de legatis*, et les textes qu'il cite à l'appui.

second il est nul, non pas comme legs de la chose d'autrui, car n'étant pas déterminée ce n'est la chose de personne, mais comme dérisoire.

Ainsi le legs d'un cheval en général, quoique le testateur n'en ait pas dans ses biens, est très valable; c'est une charge imposée à l'héritier d'en acheter un pour le livrer au légataire. Jamais dans le droit romain l'on n'a regardé ce legs comme le legs de la chose d'autrui, et jamais non plus l'on n'a douté de sa validité (1).

Tandis que l'on regardait comme dérisoire le legs d'une maison ou d'un fonds en général, fait sans autre explication, lorsque le testateur ne laissait ni maisons ni fonds; et néanmoins le legs de la chose d'autrui était très licite : *Quòd si nullas ædes reliquerit, magis derisorium est quàm utile legatum.* L. 71 *princip.* ff *de legatis* 1°.

En effet, il n'y a pas dans les maisons et dans les fonds une valeur ordinaire et pour ainsi dire commune, comme dans les chevaux et autres choses semblables. Entre une maison et une autre maison, entre un fonds et un autre fonds, il peut se faire qu'il n'y ait aucune proportion, et que la différence soit semblable à celle qui existe *inter viburna* et *cupressos*. Une misérable chaumière, quelques toises du terrain le plus stérile, pourraient être délivrées par l'héritier. Un tel legs n'a donc point *certam finitionem*, comme disent les docteurs, et par cela

(1) Vinnius, *suprà*, *loco citato*.

même il est nul, si le testateur n'a pas laissé des maisons ou des fonds qui limitent ainsi le vague de la libéralité, ou s'il n'a pas du moins fixé approximativement une valeur à la maison ou au fonds qu'il a entendu léguer (1).

244. Nous avons dit que, d'après le Code (art. 1021), le legs de la chose d'autrui est nul, et il est nul soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas ; tandis que selon le droit romain (2), suivi en ce point dans notre ancienne jurisprudence, le legs était valable, pourvu que le testateur eût su qu'il léguait la chose d'autrui (3). Et en cas de contestation sur ce point, c'était au légataire, comme demandeur, à faire la preuve (4).

L'effet de ce legs consistait uniquement en ce que si l'héritier ne voulait ou ne pouvait se procurer la chose, pour la délivrer au légataire, il lui en devait l'estimation (5) ; mais le tiers propriétaire

(1) Vinnius, *eodem loco*, se fondant sur l'opinion commune des interprètes.

(2) § 4, Instit. *de legatis*.

(3) Car, s'il l'eût ignoré, peut-être n'aurait-il pas voulu grever son héritier de l'obligation d'acheter la chose pour la remettre au légataire : *Forsitan enim, si scivisset alienam rem esse, non legasset*. Mais quand il le savait, il n'y avait plus de doute sur sa volonté. Bien mieux, quand on pouvait naturellement supposer qu'il aurait fait le legs lors même qu'il aurait su que c'était la chose d'autrui, ce legs était valable : par exemple lorsqu'il l'avait fait au profit de son épouse, ou d'un proche parent. L. 10, Cod. *de legatis*.

(4) *Dict.*, § 4.

(5) *Ibid.*

n'était pas pour cela obligé de se défaire de sa chose malgré lui, et par conséquent ce n'était point la *disposition* du bien d'autrui, comme on l'a dit si inconsidérément pour justifier cette innovation (1); c'était tout simplement une charge imposée à l'héritier. Toutefois, comme la validité de ce legs dépendait de la preuve que le testateur avait connu que c'était la chose d'autrui, et que ce point donnait souvent lieu à des difficultés, on peut, sous ce rapport, mais uniquement sous celui-là, justifier le parti qu'ont pris à cet égard les auteurs du Code en rejetant ces sortes de dispositions. Mais aussi lorsqu'il ne pourra s'élever aucun doute, à raison de la manière dont le testateur se sera exprimé, il faudra tenir le legs pour valable, bien qu'il eût en apparence compris dans cette disposition la chose d'autrui. Tels sont notamment les cas suivans.

245. « Je charge Paul, mon légataire universel, « de se procurer la maison de Jean dans l'année « de mon décès, pour la remettre à mon neveu « Philippe; et dans le cas où il ne pourrait y par- « venir, il comptera dix mille francs à ce dernier. »

Ou bien : « Sachant que Philippe mon neveu a « besoin de telle maison, qui est en vente, je charge

---

(1) *Cette innovation*, en droit civil toutefois; car le droit canonique n'admet pas non plus de tels legs; *Cap.* 5 *de testamentis.* Mais c'est parce que l'on n'a point réfléchi à leur véritable nature et à leurs effets : on s'est arrêté à l'apparence, plutôt que d'examiner le fond des choses.

« mon héritier de lui fournir somme suffisante « pour l'acheter aux meilleures conditions pos-« sibles. »

Ou bien encore, et plus simplement : « Je lègue « à Philippe mon neveu, la maison de Jean, ou dix « mille francs. »

Ou, « Je lègue à mon neveu Philippe dix mille « francs, ou la maison de Jean. »

Ou bien enfin : « Mon héritier livrera à mon ne-« veu Philippe la maison de Jean, ou il lui paiera la « valeur de cette maison. »

Dans tous ces cas le legs est très valable, car il crée simplement une obligation alternative : or, dans les obligations alternatives, quoique l'une des choses qui en font la matière n'y pût être comprise, l'obligation n'en est pas moins valable pour celle qui reste (art. 1192). Et comme celle qui a pour objet la somme de dix mille francs, ou la somme correspondante à la valeur de la maison, pouvait inconstestablement être imposée à l'héritier, même *ab intestat*, inconstestablement aussi le legs est valable. Cependant au fond le legs de la chose d'autrui n'était que cela, si ce n'est que dans tous les cas où il était valable, parce que le testateur connaissait que la chose ne lui appartenait pas, l'héritier devait la véritable estimation de la chose quand il ne la livrait pas en nature, tandis que dans quelques unes des hypothèses ci-dessus, le testateur ayant fixé une somme, ce serait cette somme seulement qui serait due.

246. Le Code lui-même consacre clairement cette théorie par deux de ses dispositions.

Ainsi, suivant l'art. 1020, lorsque la chose léguée est grevée d'un droit d'usufruit au profit d'un tiers, et que le testateur a ordonné à son héritier de la dégrever, celui-ci doit le faire ; s'il ne peut en venir à bout, parce que l'usufruitier ne voudrait pas céder son droit, il doit évidemment payer au légataire la valeur de l'usufruit, autrement la disposition pourrait devenir insignifiante. Or, le legs de la chose d'autrui, dans les anciens principes, n'avait pas d'autre effet.

247. D'après l'art. 1423, lorsque le mari a légué un objet dépendant de la communauté, si cet objet, par le partage, tombe au lot de la femme, le légataire, il est vrai, ne peut le réclamer en nature, mais la valeur totale lui en est due par les héritiers du mari, soit sur leur part dans la communauté, soit sur les autres biens de leur auteur. Et cependant le partage, en matière de communauté comme en matière de succession, est simplement déclaratif de la propriété (art. 1476 et 883) : d'où il semblerait que, par l'événement, le mari se trouve avoir légué la chose de sa femme, c'est-à-dire la chose d'autrui.

Mais, d'une part, les droits de la femme sont entièrement respectés : le legs n'y porte aucune atteinte, puisque le légataire, d'après cet art. 1423, ne peut réclamer l'objet en nature qu'autant que par

le partage il tombe au lot des héritiers du mari ; et d'autre part, celui-ci est censé avoir légué, sous une alternative, ou l'objet lui-même, au cas où il tomberait au lot de ses héritiers, ou sa valeur, dans le cas contraire. Il n'a pu, en effet, avoir une autre volonté; et s'il eût légué formellement en ces termes, aucune raison plausible ne pourrait être alléguée contre la validité de cette disposition. Or, la supposition d'une semblable intention de sa part est éminemment naturelle en pareil cas, car il ne peut s'élever de doute, comme lorsqu'un testateur lègue simplement la chose d'un tiers, cas dans lequel il n'eût peut-être pas fait le legs, s'il eût su que c'était la chose d'autrui ; et ce point n'est pas toujours susceptible d'être établi avec certitude.

On pourrait encore dire que le mari était propriétaire de la communauté, sauf la faculté qu'avait la femme d'y prendre part en l'acceptant ; et cette doctrine s'appuirait sur l'art. 1475 analysé ; mais elle explique bien moins naturellement, selon nous, la disposition de cet art. 1423.

148. Si le copropriétaire d'un fonds, par exemple, lègue simplement sa part ou ses droits dans l'objet commun, il ne peut y avoir de difficulté si l'immeuble est encore possédé par indivis au moment de sa mort : le légataire est substitué à sa place, et c'est lui, en conséquence, qui se trouve en communauté avec les autres copropriétaires. Dans le droit romain lui-même, ce legs n'eût compris que

la part du testateur, quoique celui-ci se fût servi des expressions *mon fonds*. La loi 5, § *ult.*, ff., *de legat.* 1° le décide formellement, attendu que le testateur, en disant *mon fonds*, est censé avoir voulu léguer seulement les droits ou la part qu'il avait dans ce fonds. Ainsi la règle qui validait le legs de la chose d'autrui n'était point applicable à ce cas.

Mais si l'indivision a cessé du vivant du testateur, par une cause quelconque, alors il est besoin de distinguer. Trois hypothèses, en effet, peuvent se présenter.

Ou le fonds a été partagé, et le testateur possède au moment de sa mort la part qui lui est échue ;

Ou le testateur a vendu sa part à un tiers ou à son copropriétaire, ou bien le fonds a été licité, et c'est ce dernier qui s'est rendu adjudicataire (1);

Ou enfin, dans le même cas, c'est le testateur qui s'est rendu adjudicataire, ou qui a simplement acheté la part de son copropriétaire.

Dans la première hypothèse, le légataire a droit à la portion du fonds qui est échue au testateur : c'est une part matérielle qui a été substituée à une part intellectuelle, et le testateur est censé n'avoir jamais eu que celle-là (art. 883), par conséquent c'est ce qu'il a légué.

Dans la seconde hypothèse, le legs se trouve révoqué, lors même que c'est par suite de licitation

(1) Si c'était un tiers, il n'y aurait pas le moindre doute que ce ne fût une aliénation proprement dite, et par conséquent une révocation du legs, d'après l'art. 1038. *Voy.* au tom. VII, n° 520.

que le testateur a cessé d'être propriétaire, et que c'est son copropriétaire qui s'est rendu adjudicataire; car, dans ce cas, soit que l'on considère l'adjudication comme une aliénation, ce qui rendrait applicable l'art. 1038, soit que l'on s'attache à la fiction de l'art. 883, qui ferait supposer que le testateur n'a jamais eu de droit de propriété dans le fonds, et par conséquent qu'il a fait le legs de la chose d'autrui, il est vrai de dire qu'il n'y a plus de legs. Ce n'est pas en effet le prix de la part qu'il avait dans la chose au moment où il testait, qu'il a légué, et il ne saurait y avoir de substitution de ce prix à la chose. La subrogation n'a lieu que dans les cas déterminés par la loi : or, loin de l'admettre dans celui dont il s'agit, la loi la repousse positivement en cette matière (même art. 1038).

Mais il est plus vrai de dire que la licitation est un acte d'aliénation par rapport aux tiers, tel que le légataire.

Dans la troisième hypothèse, le legs subsiste sans doute encore, mais il subsiste seulement pour la portion qu'avait le testateur dans l'objet légué au moment de son testament. Dans le cas même où ce serait par suite de licitation qu'il serait devenu propriétaire du tout, il ne serait pas présumé avoir voulu léguer autre chose. L'art. 883 ne pourrait être invoqué par le légataire, pour prétendre que le testateur étant censé, par le moyen de l'adjudication faite à son profit, avoir été propriétaire du fonds en totalité dès le principe, il est censé par cela même

le lui avoir légué en totalité, en lui léguant la part qu'il avait alors dans ce fonds; il ne pourrait même le prétendre dans le cas où le testateur lui aurait légué *ses droits* d'une manière indéfinie ; car l'effet et l'étendue d'un legs se mesurent toujours sur la volonté du testateur : voilà pourquoi, dans le droit romain lui-même, qui admettait cependant le legs de la chose d'autrui, le testateur propriétaire pour partie seulement, était censé n'avoir légué que sa part dans le fonds, quoiqu'il eût dit : *Lego meum fundum*. Or, dans l'espèce, le testateur n'a évidemment entendu léguer aussi que les droits qu'il avait au moment où il disposait. La fiction de l'art. 883 n'est relative qu'aux copropriétaires entre eux, ainsi que nous l'avons démontré en analysant cet article. Ce cas n'est point semblable à celui où le testateur a fait des embellissemens ou des constructions sur l'immeuble légué, ou au legs d'un enclos dont il a ensuite augmenté l'enceinte ; il a plus d'analogie, au contraire, avec celui où le testateur a augmenté la propriété de l'immeuble légué par des acquisitions ; ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne font point partie du legs, sans une nouvelle disposition (article 1019). On ne peut pas non plus comparer ce cas avec celui où le mari a légué un objet de la communauté, car, dans ce dernier, il a évidemment voulu léguer cet objet en totalité, ou sa valeur, sous une alternative.

Aussi pensons-nous que, dans le cas où ce serait le mari qui aurait survécu à sa femme, et qu'il au-

rait ainsi légué positivement un effet de la communauté, qui ne se trouverait point encore partagée au moment de sa mort, l'objet serait dû en totalité au légataire au cas où il tomberait au lot des héritiers du mari ; et, dans le cas contraire, ce serait l'estimation qui lui serait due. En léguant de la sorte un effet dépendant d'une universalité dans laquelle il a une part, le testateur est censé avoir voulu attribuer au légataire l'objet lui-même, ou ce que ses héritiers auraient à la place dans la communauté. La loi le suppose dans l'hypothèse prévue à l'article 1423, qui est celle où la communauté se dissout par la mort du mari, mais la raison est absolument la même dans le cas où c'est par la mort de la femme, Il n'y a donc à cet égard aucune distinction à faire entre le cas où le testament est postérieur à la dissolution de la communauté, et le cas où il est antérieur à cette dissolution.

Si c'eût été avec le mari que le partage eût été fait, que l'objet fût échu à son lot et qu'il fût encore dans ses biens au moment de sa mort, le légataire pourrait le réclamer en nature. Si l'objet était échu au lot des héritiers de la femme, le legs se trouverait révoqué, par application de ce qui a été dit ci-dessus.

249. Ces diverses décisions seraient applicables aussi au cas où un cohéritier léguerait un objet de la succession encore indivise.

250. Et l'on ne voit pas pourquoi la femme elle-même ne pourrait, comme le mari, léguer un objet

de la communauté ; pourquoi l'article 1423 ne serait pas également suivi dans ce cas. Il n'y aurait aucune raison solide d'infirmer un semblable legs, et de lui refuser les effets ci-dessus. Rien ne porte à penser que cet article soit conçu dans un sens restrictif. Personne ne mettrait en doute la validité du legs que la femme ferait de ses droits dans la communauté, quoique le mari vécût encore ; dès lors, pourquoi ne pourrait-elle pas comme lui, léguer un effet de la communauté, puisque par là elle ne porterait aucune atteinte aux droits du mari, pas plus que celui-ci, en faisant un tel legs, n'en porte à ceux de sa femme. D'ailleurs, ce qu'elle pourrait incontestablement faire dans le cas où la communauté serait déjà dissoute par la mort de son mari, elle peut bien le faire aussi dans celui où cette communauté va se dissoudre par sa mort.

252. Quant au legs de la chose de l'héritier, le droit romain le déclarait valable, soit que le testateur eût su ou non que c'était la chose dudit héritier. Celui-ci ne pouvait même se dispenser de la délivrer au légataire, en lui en offrant l'estimation, à moins que ce dernier ne s'en contentât (1). Chez nous, ce legs serait également valable dans le cas où le testateur aurait su positivement que c'était la chose de l'héritier, quand bien même il n'aurait point déclaré expressément qu'il entendait léguer l'objet

(1) L. 67, § 8, ff, *de legatis* 2°,

comme chose de son héritier : ce serait une charge qu'il lui aurait imposée ; et la disposition serait valable, soit que ce fût la chose de l'héritier légitime, soit que ce fût celle d'un héritier institué ou légataire. Mais lorsque le testateur pensait léguer sa chose, et que c'est celle de l'héritier, il serait difficile de croire qu'il a entendu lui imposer une charge, et nous serions porté à décider que le legs est nul : nous déciderions également qu'il est nul quand le testateur croyait que c'était la chose d'un tiers, car il faisait alors un legs nul dans les principes du Code ; il le savait ou devait le savoir.

252. Enfin quant au legs de la chose du légataire lui-même, il serait nul chez nous dans tous les cas, quand bien même l'objet se trouverait dans la main d'un tiers au moment de la mort du testateur ; car alors ce serait le legs de la chose d'autrui. Tandis que dans le droit romain, et même dans notre ancienne jurisprudence, il eût été besoin de distinguer : le legs fait purement et simplement eût été nul (1), *quia quod meum est, ampliùs meum fieri nequit.* De sorte que l'estimation n'eût pas été due ; et le legs eût été nul aussi lors même que le légataire eût cessé, au moment de la mort du testateur, d'être propriétaire de la chose légué (2). La règle

(1) Par l'effet du même principe, que l'on ne peut ni stipuler ni acheter sa propre chose. L. 3, § 4, ff. *de acquir. vel amitt. poss* ; L. 82, ff. *de verb. oblig.* ; et L. 16, ff. *de contrah. empt.*

(2) § 10, Instit. *de legatis.*

catonienne (1) se serait opposée à sa validité. Mais si le legs eût été fait sous condition, et qu'en effet la chose eût cessé d'appartenir au légataire au tems de la mort du testateur, il aurait été valable, puisque le legs de la chose d'autrui était bon, et que la règle catonienne ne s'appliquait point aux legs conditionnels (2).

253. Du principe que, sous le Code, le legs de la chose d'autrui est nul, il faut tirer la conséquence que le légataire évincé de l'objet qui lui a été légué n'a point d'action en indemnité contre celui qui lui a fait la délivrance. Car, de deux choses l'une : ou le testateur était propriétaire de l'objet, ou il ne l'était pas : dans le premier cas, l'éviction vient de l'erreur du juge, ce qui est un cas fortuit, dont l'héritier ne doit pas répondre, ou bien du fait du légataire, qui n'a pas su se défendre ; dans la seconde hypothèse, le legs étant nul, l'éviction n'a pu donner lieu à une action en garantie ; tandis que, dans les anciens principes, l'éviction eût donné lieu à une action en indemnité, si le testateur, en léguant, eût entendu léguer la chose d'autrui.

254. Au reste, la décision ci-dessus souffre exception principalement dans deux cas.

---

(1) *Quod si testamenti facti tempore decessit testator, inutile foret, id legatum, quandòcumque decesserit, non valere.* L. 1, ff. *de regul. catonianâ.*

(2) L. 41, § 2, ff. *de legat.* 1° ; L. 4, ff. *de regul. caton.*

1° Dans celui où le legs était d'une chose léguée *in genere*, ou d'une chose faisant partie d'une certaine classe, ou enfin d'une chose léguée avec une autre sous une alternative : le légataire évincé de celle qui lui a été payée peut en demander une autre du même genre ou de la même classe, ou l'autre chose comprise dans le legs fait sous l'alternative. L'héritier débiteur du legs est garant de la bonté du paiement ; et il en serait ainsi dans le cas du legs d'une certaine quantité de chose, comme vingt hectolitres de froment, dont le légataire aurait été évincé parce que l'héritier qui les a payés n'en était pas propriétaire (art. 1238).

2° Il y a exception aussi dans le cas même du legs d'un corps certain, si le légataire n'a succombé que par le fait des héritiers, qui ne lui ont pas fourni les titres de propriété, par malice ou même par simple négligence : ceux-ci sont responsables du préjudice qu'ils lui ont causé. (Art. 1382 et 1383.)

255. Le legs de l'usufruit d'un fonds dont le testateur n'avait que la nue-propriété est censé fait pour le temps où l'usufruit qui existe viendra à cesser (1), et par conséquent il est valable.

256. Les lois romaines prohibaient le legs des colonnes, des cariatides ou autres objets faisant partie des édifices, même appartenant au testateur (2), *ne ruinis ædium aspectus urbis deformaretur* ;

(1) L. 72, ff. *de usufructu et quemad.*

(2) L. 41, § 1, et L. 43, ff. *de legatis* 1°.

en sorte que l'estimation n'en était pas due. Un sénatus-consulte porté sous l'empereur Adrien défendait même toutes conventions sur de pareils objets. Mais le Code n'a point admis ces principes, et le legs serait très valable s'il était de la chose du testateur, sauf à l'héritier à retenir les objets, en vertu de l'art. 554, en en payant la valeur.

257. Suivant le droit romain aussi, lorsque la chose léguée était grevée d'hypothèque ou d'un droit de gage quelconque, et que le testateur le savait, l'héritier était obligé de la dégager (1), à moins, bien entendu, que le disposant n'en eût décidé autrement; tandis que sous le Code, soit que le testateur ait connu l'existence de l'hypothèque, soit qu'il l'ait ignorée, et soit que la chose ait été hypothéquée pour une dette de la succession ou pour la dette d'un tiers, l'héritier n'est point tenu de la dégager, à moins qu'il n'ait été chargé de le faire par une disposition spéciale du testateur. (Art. 1020.)

Cette décision est fort sage : on ne devait pas en effet priver l'héritier du bénéfice du terme, ou l'obliger à faire les avances de la dette d'autrui. L'hypothèque, d'ailleurs, n'empêche pas le légataire de jouir de l'immeuble, et s'il est inquiété et qu'il aime mieux payer la dette que de délaisser, il a son recours tel que de droit contre le débiteur.

---

(1) § 5, Instit. *de legatis*.

258. Le legs de sa dette, *debitum*, fait par un débiteur à son créancier, n'était utile, en droit romain (1), et dans l'ancienne jurisprudence, qu'autant qu'il y avait plus d'avantage pour le créancier à agir en vertu du testament qu'en vertu de la créance, soit parce qu'elle était avec terme non échu, tandis que le legs était fait sans terme, soit pour autre cause : en sorte qu'il se confondait avec la créance, et se compensait avec elle, le créancier ne pouvant exiger que l'un ou l'autre. L'article 1023 du Code civil porte, au contraire, que le legs fait au créancier ne sera pas *censé* fait en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique, en compensation de ses gages. Mais ce n'est là qu'une présomption de volonté du défunt, dont celui-ci peut prévenir l'effet par une déclaration de sa part, comme s'il disait : « Je lègue « à M. un tel la somme de... pour lui tenir lieu de « ce que je lui dois. » Et il en serait de même s'il disait simplement : « Je lègue à M. un tel la somme « de... *que je lui dois ;* » ce serait cette somme *due*, et non une autre somme, qui serait l'objet du legs. Le testateur pouvait avoir plusieurs motifs pour le faire : peut-être a-t-il voulu donner au créancier un titre qui lui manquait, ou un titre plus régulier, ou le privilége attaché aux legs, ou enfin rendre exigible de suite une dette à terme, etc. ; mais il y aurait compensation pour le fond de la

---

(1) § 14, Instit. *de legatis*.

dette, parce que c'est cette même dette qui a été léguée, *tanquàm debitum.*

Au lieu que si un débiteur lègue simplement une somme à son créancier, l'article 1023 est applicable, quand même cette somme serait parfaitement égale à celle qui est due. Le legs ne serait point censé fait en compensation de la créance. A plus forte raison en serait-il ainsi s'il était d'une somme différente.

Ce sont donc ces cas que les auteurs du Code ont eus en vue, et non ceux où le testateur aurait clairement indiqué sa volonté que le paiement du legs devrait tenir lieu du paiement de la dette.

259. Quand le legs est d'une chose indéterminée, par exemple d'un cheval, d'une pièce de vin, celui qui en est grevé n'est pas obligé de la donner de la meilleure qualité, mais il ne peut pas non plus l'offrir de la plus mauvaise. (Art. 1022.)

Ainsi, en principe, c'est à lui qu'appartient le choix, comme débiteur : mais il doit offrir une chose au moins d'une qualité moyenne ; car ce qui n'est qu'immédiatement au-dessus du plus mauvais, dans les choses qui consistent *in genere*, doit être généralement très mauvais. Or, le vœu de la loi serait éludé par l'offre d'une pareille chose (1).

260. Il en est à peu près de même lorsque le legs est d'une chose faisant partie d'une certaine classe

(1) Voët, *ad Pandectas*, tit. *de solutionib.*, n° 9.

appartenant au testateur; par exemple, une pièce de vin de sa cave, un des chevaux de son écurie, dix arbres de sa forêt. Mais si, dans ce cas, le choix avait été déféré au légataire, celui-ci pourrait même choisir la meilleure; il le pourrait aussi, si le legs était sous une alternative, à son choix: par exemple le cheval blanc, ou le cheval rouge, ou le cheval noir. Comme, de son côté, l'héritier pourrait, dans le legs fait sous alternative, délivrer même le plus mauvais des trois chevaux, si le choix n'avait pas été réservé au légataire.

261. La volonté du testateur, de conférer le choix au légataire, peut résulter de la manière dont la clause est conçue, quoiqu'il ne se soit pas exprimé spécialement à cet égard; comme lorsqu'il a dit: *Un tel pourra prendre un de mes chevaux;* tandis que s'il avait dit simplement: *Je lègue un de mes chevaux à un tel,* ou bien *mon héritier délivrera un de mes chevaux à un tel,* le choix appartiendrait à l'héritier.

262. En général, le choix, dans le droit romain, appartenait au légataire, lorsque le legs avait été fait sous le mode *per vindicationem;* et le testateur ne pouvait léguer sous ce mode que ses propres choses. Mais généralement aussi, dans les legs faits *per damnationem, per præceptionem,* et *sinendi modo,* le choix appartenait à l'héritier. La constitution de Justinien (1) qui avait assimilé, en général, les effets

(1) L. 1, Cod. *comm. de legat. et fideicomm.*

de ces différens legs, et qui avait décidé, en outre, que les dispositions qui ne pourraient valoir comme legs vaudraient cependant d'après les règles sur les fidéicommis, n'avait pas totalement détruit cette distinction : elle avait été rendue en vue de faciliter l'exécution de la volonté des disposans, et non pour la contrarier. Or, comme l'observe très bien Vinnius (1), lorsque le testateur a clairement manifesté son intention de conférer le choix au légataire, cette intention doit être suivie, quoiqu'il ne lui ait pas fait formellement le legs de l'*option ;* et cette intention n'est pas douteuse lorsque c'est à lui qu'il a adressé la parole par la clause, par exemple, lorsqu'il a dit : *Paul prendra un des chevaux de mon écurie.*

263. Une fois que le légataire a fait son choix avec l'héritier, il ne peut plus varier, si ce n'est du consentement de ce dernier (2). Et si on lui avait légué une somme, ou une certaine quantité de denrées, à son choix, il ne pourrait demander partie de la somme et partie des denrées. *Vice versâ,* si le choix appartenait à l'héritier, celui-ci ne pourrait offrir partie des denrées et partie de la somme.

Il en serait ainsi des héritiers de l'un ou de l'autre ; ils n'ont que les droits de leur auteur, quoique la dette ou la créance se divise entre eux (3).

(1) Sur le § 22, Instit. *de legatis.*

(2) L. 20, *de opt. vel elect. legat.*

(3) Pothier, traité *des obligations,* n° 313.

La même décision aurait lieu aussi dans le cas où le legs serait dû par plusieurs héritiers : ils devraient s'accorder pour le paiement.

264. Si le légataire est mort avant d'avoir fait son choix, son droit passe à ses héritiers; s'ils ne s'accordent pas, le sort, suivant le droit romain, qu'on pourrait appliquer chez nous en pareil cas, doit décider celui qui doit choisir; et il en est de même si le legs a été fait à plusieurs qui ne s'accordent pas non plus sur le choix (1). Par la même raison il en doit être ainsi du cas où le legs serait à la charge de plusieurs héritiers qui auraient le choix et qui ne s'accorderaient pas.

265. Lorsque le testateur, après avoir légué la propriété d'un immeuble, l'a ensuite augmentée par des acquisitions, ces acquisitions, fussent-elles contiguës, ne sont pas censées, sans une nouvelle disposition, faire partie du legs. (Art. 1019.)

Et il en serait de même si c'était l'usufruit qu'il eût légué : il ne devrait point s'étendre non plus aux acquisitions, sans une nouvelle disposition. Le mot *propriété*, dans l'art. 1019, est employé dans un sens purement explicatif.

266. Cet art. 1019 fait au surplus exception à l'égard des embellissemens et des constructions nouvelles faites sur le fonds légué, et à l'égard aussi d'un

(1) L. 3, *Comm. de legat. et fideicomm.*

enclos dont le testateur aurait augmenté l'enceinte.

Ainsi, dans le cas où il aurait contruit une maison, une grange ou autre édifice sur un domaine, ces objets appartiendraient aussi sans difficuté au légataire; et il en serait de même des additions qu'il aurait faites à une maison ou autre bâtiment.

267. Mais devrait-on décider de la même manière dans le cas où, ayant légué un simple emplacement propre à bâtir, *area*, il aurait ensuite construit une maison sur ce terrain? Ne verrait-on pas plutôt dans ce fait une révocation du legs? Les jurisconsultes romains n'était pas d'accord sur ce point, quoiqu'ils décidassent d'ailleurs unanimement que les embellissemens, les simples additions à un fonds légué faisaient partie du legs, comme étant un accessoire de la chose elle même.

Javolenus, dans la loi 39, ff., *de legatis* 2°, décide positivement que si un terrain pour bâtir (*area*) a été légué, et que le testateur ait construit un bâtiment sur ce terrain, le legs subsiste encore, et que la maison, aussi bien que le sol, est due au légataire.

Ulpien décide la même chose dans la loi 44, ff., *de legatis* 1°, à moins, dit-il, que le testateur n'eût témoigné un changement de volonté.

Paul, dans le loi 98, § *ult.* ff., *de solut.*, adopte positivement leur doctrine. Il se détermine, comme eux, par le principe *quod solo inœdificatum est. solo cedit.*

Au lieu que Celse, dans la loi 75, § 2, ff., *de le-*

gatis 2°, s'éloigne évidemment de leur doctrine ; car, dans la même espèce, il décide que, si le testateur a bâti sur le terrain légué, et que le bâtiment soit détruit au moment de l'ouverture du legs, le légataire peut bien, à la vérité, demander le sol qui lui avait été légué, mais qu'il ne pourrait rien demander si le bâtiment subsistait encore à cette époque.

Là question est vraiment grave. D'une part, l'art. 1019, en disant que les constructions nouvelles font partie du legs (loin d'en faire résulter une présomption de révocation), parle de constructions sur un *fonds;* or, cette dénomination, quelqu'étendu qu'en soit le sens, ne s'applique point naturellement à un terrain ou emplacement pour bâtir. Les jurisconsultes romains surtout ne confondaient point *area* avec *fundus*. De plus, des constructions, une maison par exemple, ont pu coûter huit ou dix fois la valeur de l'emplacement, et il est douteux que le testateur ait voulu donner une aussi grande extension à sa libéralité.

Mais, d'un autre côté, l'on peut dire qu'il pouvait aisément révoquer le legs ; que cela lui était très facile surtout si ce legs était consigné dans un testament olographe, puisqu'il suffisait de biffer la clause ; que, dans l'hypothèse même d'un autre testament, il pouvait également, s'il savait écrire, faire une révocation par un testament olographe. S'il ne l'a pas fait, c'est donc parce que son intention a été de maintenir la disposi-

tion, même avec l'accroissement de valeur qu'il lui donnait par les contructions. Telle serait en effet notre opinion, en la subordonnant toutefois aux circonstances particulières de la cause.

268. La chose léguée doit être délivrée avec les accessoires nécessaires, et dans l'état où elle se trouve au jour du décès du testateur (art. 1018). Mais l'héritier ne répond pas des dégradations ni de la perte arrivées sans son fait ou sa faute, et avant qu'il fût en demeure de délivrer la chose (art. 1042). Nous reviendrons sur ce point, en parlant de la caducité du legs.

269. Aujourd'hui (1), le legs d'un fonds fait sans réserve comprend les animaux attachés à la culture et les instrumens aratoires placés par le propriétaire, ainsi que tous les autres objets réputés immeubles par destination ou accession, par les art. 522, 523, 524 et 525.

270. Le legs d'une maison *avec tout ce qui s'y*

(1) Nous disons *aujourd'hui*, parce que, dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, les animaux, quoique attachés à la culture, les instrumens aratoires et les semences, étaient considérés simplement comme des meubles; et ce n'a été que par l'ordonnance de 1747, *sur les substitutions*, que l'on a décidé pour la première fois qu'ils seraient censés compris dans la disposition des biens donnés ou légués avec charge de restitution.

En sorte que, dans le droit romain, pour comprendre dans le legs les animaux, les instrumens aratoires et autres objets réputés aujourd'hui immeubles par destination, il eût fallu léguer le fonds *instructus*, ou *cum instrumento*.

Voy. ce qui a été dit sur ces différens points au tom. IV, n° 46 à 71.

trouve ne comprend pas, il est vrai, l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison; mais tous les autres effets mobiliers y sont compris (art. 536) (1).

§ III.

De l'effet des legs particuliers.

271. Tout legs pur et simple donne au légataire un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers (art. 1014).

Cette disposition est au surplus commune aux trois espèces de legs, quoique les rédacteurs du Code l'aient placée sous la section *des legs particuliers*.

Quand le legs est conditionnel, comme il ne s'ouvre que par l'accomplissement de la condition, (en admettant encore qu'elle s'accomplisse depuis la mort du testateur), il est nécessaire, pour que le droit soit transmissible aux héritiers du légataire, que celui-ci existe encore au moment de l'arrivée de l'événement (art. 1040). Mais nous expliquerons bientôt l'effet des legs conditionnels.

272. Le légataire particulier ne peut se mettre en possession de la chose léguée, ni en prétendre les fruits ou intérêts, qu'à compter du jour de sa

---

(1) *Vide* Tom. IV, n° 181.

demande en délivrance, formée suivant l'ordre établi par l'article 1011 (1), ou du jour où cette délivrance lui aurait été volontairement consentie (même art. 1014).

En sorte que, s'il était en possession de la chose léguée comme locataire ou fermier, le prix du louage continuerait de courir tant qu'il n'aurait pas formé sa demande en délivance, ou que cette délivrance ne lui aurait pas été volontairement consentie.

Toutefois, dans tous les cas, les fruits et les intérêts courent au profit du légataire du jour de la citation en conciliation, pourvu qu'elle soit suivie d'une demande en justice dans le mois, à dater du jour de la non comparution ou de la non conciliation (art. 57 Code de procéd.) (2).

273. Les fruits et les intérêts courent même au profit du légataire, à partir de la mort du testateur, et sans qu'il ait formé sa demande en délivrance, dans les deux cas suivans :

1° Lorsque le testateur a expressément déclaré sa volonté à cet égard dans le testament.

2° Lorsqu'une rente viagère ou une pension a été léguée à titre d'alimens (art. 1015).

---

(1) Et les fruits ne courent du jour de la demande en délivrance, qu'autant qu'elle a été formée quand elle devait l'être, par conséquent, dans les legs à terme ou sous condition, qu'autant que le terme est échu, ou que la condition est accomplie.

(2) *Vide suprà*, n° 192.

274. Les frais de la demande en délivrance sont à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale.

Les droits d'enregistrement sont dus par le légataire.

Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament (art. 1016).

Cela ne veut toutefois pas dire que le testateur pourrait mettre les frais d'enregistrement, ni même ceux de demande en délivrance, à la charge de la succession quoiqu'il dût en résulter réduction de la réserve légale; car il ne peut y porter aucune atteinte. Cela veut seulement dire : 1° que le testateur peut mettre à la charge du légataire les frais de la demande en délivrance, lesquels auraient été, de droit commun, à la charge de la succession; et 2° qu'il peut mettre à la charge de la succession ceux d'enregistrement du legs, lesquels, sans cela, auraient été supportés par le légataire.

Chaque legs peut être enregistré séparément, mais sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayant-cause. (*Ibid.*)

275. A la différence des légataires universels ou à titre universel, les légataires particuliers ne sont point personnellement tenus des dettes de la succession, sauf l'effet de l'action hypothécaire des créanciers sur les immeubles légués (art. 1024); auquel cas le légataire a son recours tel que de droit

contre les héritiers ou autres débiteurs de la dette hypothécaire, s'il a mieux aimé délaisser l'immeuble que de la payer, ou s'il a préféré ce derrier parti, cas dans lequel il est subrogé aux droits du créancier (art. 874 et 1251-3°).

Nous disons, *contre les héritiers ou autres débiteurs de la dette hypothécaire*, et non pas généralement, comme l'article 874, *contre les héritiers et successeurs à titre universel;* car si la dette ne concernait point le défunt, soit parce qu'il avait acquis l'immeuble déjà grevé pour la dette d'un autre, soit parce qu'il l'avait hypothéqué pour la dette d'un tiers, sans s'obliger personnellemenc (article 2077), le légataire n'aurait pas à cet égard d'action contre les héritiers ou autres successeurs à titre universel, à moins que le testateur, par une disposition expresse de son testament, ne leur eût ordonné de dégrever l'immeuble (art. 1020); il n'aurait action que contre celui qui serait personnellement tenu de la dette.

SECTION X.

Des legs purs et simples, à terme, conditionnels, et avec charge, et de leur ouverture; des legs rénumératoires ou faits avec expression de cause; de la démonstration, et de l'assignat démonstratif, ou limitatif.

SOMMAIRE.

276. *Modalités dont peuvent être affectés les legs : Division de la section.*

§ Ier.

Du legs pur et simple.

277. *Quel est le legs pur et simple? à partir de quand s'ouvre-t-il et devient-il transmissible aux héritiers du légataire?*
278. *Quand l'exécution peut-elle en être demandée?*

§ II.

Du legs fait à terme.

279. *Quand le legs fait à terme peut-il être demandé?*
280. *Des fruits perçus avant le terme.*

§ III.

Des legs conditionnels.

281. *Dans les legs, ainsi que dans les contrats, la condition peut être résolutoire comme suspensive.*
282. *Quel serait l'effet du legs fait sous une condition résolutoire.*
283. *Dans le legs sous condition suspensive, le légataire doit non-seulement survivre au testateur, mais aussi exister quand la condition s'accomplit.*
284. *Il importe donc de bien examiner si le testateur a voulu mettre une condition au legs, et c'est généralement une question d'interprétation de volonté.*
285. *Dans les contrats, au contraire, la mort du créancier avant l'accomplissement de la condition ne l'empêche pas de transmettre son droit à ses héritiers.*
286. *La matière des conditions est immense; on la traitera en la dégageant autant que possible de ses détails.*
287. *Trois classes de conditions : les* casuelles, *les* potestatives, *les* mixtes.
288. *Toute condition impossible, contraire aux lois ou aux mœurs est réputée non écrite dans les donations et testamens; Renvoi.*

289. *Pour que le legs soit conditionnel, l'événement doit être* futur.

290. *Le legs de* fruits à naître *n'est pas conditionnel de sa nature.*

291. *L'événement doit être incertain pour que le legs soit conditionnel : ainsi le legs fait à Paul* lorsqu'il mourra *n'a rien de conditionnel.*

292. *Le legs fait à Paul* lorsque Pierre mourra, *était conditionnel dans les anciens principes : sous le Code, la question se déciderait d'après les circonstances du fait.*

293. *Le sens conditionnel s'exprime communément par* si, en cas que, pourvu que, à moins que, à condition que, *et autres phrases semblables.*

294. *La conjonction* lorsque, *fait tantôt condition, tantôt terme seulement, selon l'intention du disposant.*

295. *Le pronom* qui *fait tantôt condition, tantôt charge, tantôt simple indication ou démonstration : Exemples.*

296. *Souvent le mot* condition *est employé pour signifier seulement une* charge; *et* vice versâ.

297. *Quand la condition imposée au légataire est* de ne pas faire telle chose, *il faut distinguer si elle est ou non de nature à ne pouvoir se vérifier que par sa mort.*

298. *Les conditions doivent être accomplies suivant l'intention probable du testateur.*

299. *S'il y en a plusieurs, mises cumulativement, elles doivent toutes s'accomplir pour que le legs ait effet ; si elles sont mises disjonctivement, il suffit que l'une d'elles s'accomplisse.*

300. *Elles doivent être accomplies avec les circonstances qui y ont été attachées.*

301. *Le legs fait à Sempronius sous cette condition,* si Titius voluerit, *est nul ; mais il est bon, s'il n'est pas laissé au pur arbitre de Titius : Divers exemples.*

302. L'exécution *du legs peut être confiée à la foi d'un tiers.*

§ V.

Du legs rémunératoire ou fait avec expression de cause.

§ VI.

Du legs fait avec démonstration, et de l'erreur sur le nom ou la qualité du légataire, ou sur la chose léguée

549. *La fausse démonstration ne vicie pas le legs; ce qu'on entend par* fausse démonstration.

550. *Quelquefois la fausse démonstration vicie le legs, en ce qu'elle le laisse sans objet connu ou déterminable.*

551. *Les mêmes principes sont applicables quant à la fausse démonstration relative à la personne du légataire.*

552. *Du legs fait à Sempronius* de ce que Titius me doit, DES cent que Titius me doit, de cent que Titius me doit.

553. *Du legs fait à Sempronius* de cent qu'il me doit.

554. *Mesure du legs* des cent que Titius me doit, *ou* des dix qui sont dans mon secrétaire, *quand il est dû plus ou moins, ou qu'il y a plus ou moins dans le secrétaire.*

555. *Effets du legs d'une créance sur un tiers.*

§ VII.

Du legs fait avec assignat simplement démonstratif, et du legs fait avec assignat limitatif.

556. *Ce qu'on entend par legs fait avec assignat simplement démonstratif : Exemple.*

557. *Autre exemple, fourni par le droit romain.*

558. *Autre exemple, mais où l'assignat est néanmoins avec une certaine limitation.*

559. *Cas dans lequel il est tout-à-fait limitatif.*

276. Nous avons traité des legs d'après la division générale qu'en donne le Code en legs universels, legs à titre universel et legs particuliers; mais on peut les considérer sous un autre point de vue, à raison des modalités dont les uns et les autres peuvent être affectés, selon la volonté du testateur.

En effet, un legs peut être laissé :

1° Purement et simplement;

2° Ou à terme ;

3° Ou sous condition ;

4° Ou avec des charges;

5° Il peut avoir été fait à titre rénumératoire ou avec expression de cause;

6° Ou bien avec *démonstration;*

7° Le legs est fait aussi quelquefois avec assignat simplement démonstratif, et d'autres fois avec assignat limitatif.

Expliquons chacune de ces espèces de legs en particulier.

§ Ier.

Du legs pur et simple.

277. Un legs est fait purement et simplement quand son effet n'est suspendu par aucune condition, et que son exécution n'est retardée par aucun terme (1). Cependant, en ce qui concerne la transmission aux héritiers du légataire qui a survécu au testateur, et même sous plusieurs autres rapports encore, l'on regarde aussi le legs à terme comme fait purement et simplement. Mais c'est qu'alors on le considère par opposition au legs fait sous une condition.

278. Le legs pur et simple peut être demandé dès la mort du testateur, sauf l'application des

---

(1) L. 5, § 1, ff. *Quandò dies legat. vel fideicomm. cedat.*

règle relatives aux délais pour faire inventaire et délibérer.

Le légataire a donc un droit acquis au legs à partir du décès du disposant, pourvu d'ailleurs qu'il soit capable à cette époque ; et ce droit est transmissible à ses héritiers (art. 1014 et 1041), lors même qu'il serait mort sans l'avoir accepté, sans même avoir connu le legs : *In legato purè relicto, dies cedit à morte testatoris* (1).

§ II.

Du legs à terme.

279. Si le legs est à terme, la délivrance n'en peut être demandée qu'à l'échéance du terme ; alors *dies venit.* Et le terme est présumé en faveur de l'héritier, à moins que la volonté du testateur n'ait été de l'apposer dans l'intérêt du légataire (2), ce qui s'estimerait d'après les circonstances. Dans le cas où il serait uniquement en faveur du légataire, celui-ci pourrait y renoncer et demander le paiement du legs avant le jour fixé.

Et la mort du légataire arrivée avant l'échéance du terme n'empêcherait pas qu'il n'ait eu un droit acquis et transmissible à ses héritiers (art. 1014 et 1041).

---

(1) L. 5, § 1, ff. *Quandò dies legat. vel fideicomm.* précitée.

(2) L. 17, ff. *de regul. juris.*

280. Si un legs universel était fait avec terme, le légataire ne jouirait pas des fruits des biens avant l'échéance du terme, quand même il n'y aurait pas d'héritiers à réserve, et que le terme viendrait à échoir avant l'expiration de l'année à partir du décès du testateur; sauf déclaration de volonté contraire du disposant.

Mais s'il n'y avait pas d'héritiers à réserve, le terme n'empêcherait point le légataire d'être saisi, conformément à l'art. 1006. L'apposition d'un terme ne suffirait généralement pas pour changer la nature du legs universel, quoique cette circonstance, il faut l'avouer, en modifierait les effets, en laissant quelqu'émolument aux héritiers *ab intestat*, la jouissance des biens jusqu'au terme fixé.

§ III.

Des legs conditionnels.

281. Un legs, comme un contrat (art. 1168), est conditionnel lorsque le testateur en a fait dépendre l'effet d'un événement futur et incertain, soit en le suspendant jusqu'à ce que cet événement arrive, soit en le révoquant selon que l'événement arrivera ou n'arrivera pas. Car il n'est pas douteux, quoique cela n'ait lieu que bien rarement, qu'un legs ne puisse être fait aussi sous une condition résolutoire. Le Code ne le défend pas, et Justinien (1) avait même

(1) Par la L. dernière au Code, *de legatis*.

décidé que l'on pourrait laisser des legs et des fidéicommis *ad certum tempus*, à la charge par le légataire de fournir caution pour sûreté de la restitution de la chose au terme fixé. A plus forte raison pouvait-on subordonner la cessation du droit du légataire à l'arrivée d'un événement prévu. La propriété de la chose léguée serait alors conférée avec la condition mise au legs, sans pour cela qu'il y eût nécessairement substitution fidéicommissaire, ainsi que nous l'avons démontré au tome précédent (1).

282. Dans ce cas, le legs serait assimilé, quant à l'époque de son ouverture et de sa délivrance, au legs pur et simple ; seulement la chose retournerait au débiteur du legs, si la condition résolutoire s'accomplissait, et elle rentrerait dans sa main franche et quitte de toutes charges créées par le légataire, comme dans le cas de donation avec stipulation du droit de retour. Le légataire ne devrait même pas caution, à moins que le testateur ne lui eût inposé l'obligation d'en fournir une, ce qui s'estimerait d'après les termes du testament, et même aussi d'après les circonstances de la cause. Il gagnerait les fruits par lui perçus jusqu'à la résolution de son droit. Et il ne faudrait pas confondre ce légataire avec un simple usufruitier, car il serait au contraire propriétaire, mais avec un droit sujet à résolution.

---

(1) N° 68

283. Lorsque le legs est sous une condition suspensive, le légataire n'y a droit qu'autant qu'il survit au testateur, et qu'il ne meurt pas avant l'accomplissement de la condition : ce n'est que du moment où elle s'accomplit (depuis la mort du testateur) que le legs s'ouvre pour lui, et qu'il devient transmissible à ses héritiers : d'où l'on sent combien il importe de bien discerner le legs conditionnel de celui qui ne l'est pas.

284. En principe, c'est une question d'interprétation de la volonté du défunt : « Toute disposition « testamentaire, porte l'article 1040, faite sous une « condition dépendante d'un événement incertain, « et telle que, *dans l'intention du testateur*, cette « disposition ne doive être exécutée qu'autant que « l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera ca- « duque, si l'héritier ou le légataire décède avant « l'accomplissement de la condition. »

285. Dans les contrats, au contraire, la condition, en général, s'accomplit encore utilement après la mort du créancier, et par conséquent au profit des héritiers de ce dernier (art. 1179). Cette différence est fondée sur ce que nous stipulons généralement aussi pour nos héritiers (art. 1122), dont l'intérêt se confond avec le nôtre : or, ce but serait manqué si, lorsque nous stipulons sous condition, cette condition ne pouvait s'accomplir utilement après notre mort. Nous transmettons, au contraire, notre droit tel qu'il est dans notre main au moment

de notre décès. Mais dans les testamens, le testateur n'a en vue que la personne qu'il gratifie, et non les héritiers de cette personne, qui souvent lui sont même inconnus; et il ne veut toutefois la gratifier que sous une condition; donc cette condition doit s'accomplir du vivant du légataire, pour que celui-ci puisse acquérir le droit, et le transmettre ainsi à ses propres successeurs.

286. La matière des conditions est immense; il serait même impossible de prévoir les innombrables cas qui peuvent s'offrir; ils varient en raison des circonstances dans lesquelles se trouvent placés les testateurs, et bien souvent même au gré de leur caprice. Nous nous bornerons donc à retracer ici les règles principales qui régissent ce sujet, d'autant mieux que nous aurons à parler des conditions d'une manière générale au titre des *obligation, conventionnelles,* où les rédacteurs du Code s'en sont plus spécialement occupés.

287. Les conditions insérées dans les dispositions testamentaires peuvent être de trois sortes, comme celles qui sont apposées aux conventions : ou purement casuelles, ou potestatives, ou mixtes.

Les premières sont celles qui dépendent du hasard.

Les secondes sont celles qu'il est au pouvoir du légataire, et quelquefois du débiteur du legs, de faire arriver ou d'empêcher.

Les dernières dépendent tout à la fois de la vo-

lonté, soit de l'héritier, soit du légataire, et de la volonté d'un tiers, ou du hasard.

288. Suivant l'art. 900, dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux loi ou aux mœurs, sont réputées non écrites. Ce principe a été suffisamment développé au tome précédent, chap. 1er, sect. 3.

289. Pour qu'il y ait condition proprement dite, il faut que l'événement qui en est l'objet soit *futur*; s'il était déjà accompli au moment de la confection du testament, il ne rendrait pas le legs conditionnel, et d'après cela, quand bien même le légataire mourrait avant que l'on eût connaissance de l'arrivée de l'événement, il ne transmettrait pas moins le droit à ses héritiers (1), pourvu d'ailleurs qu'il eût survécu au testateur, condition exigée dans tous les cas, par l'art. 1039.

290. Le legs de fruits à naître, par exemple des fruits que produira ma vigne dans l'année qui suivra celle de mon décès », n'est point non plus conditionnel; en sorte que la mort du légataire arrivée avant la naissance des fruits et depuis le décès du testateur, n'empêcherait pas qu'il n'ait eu un droit acquis et transmissible à ses héritiers; car la condition sous-entendue, *s'il naît des fruits*, est extrinsèque, et ne résulte pas de la volonte du testateur (2).

---

(1) L. 10, § 1, et L. 11, ff. *de condit. et demonst.*

(2) L. 25, § 1, et L. 26, ff. *quandò dies leg. vel fideic. cedat;* L. 99, ff. *de condit. et demonst.* Ricard, *des dispositions conditionnelles*, nº 299 et 300.

291. Il faut aussi, pour que le legs soit conditionnel, que l'événement soit *incertain;* de là, si je lègue à Paul *quand il mourra,* ou *lorsqu'il mourra*, le legs est à terme, et non sous condition, car il est certain que Paul mourra (1).

292. Mais le legs était conditionnel dans le droit romain lorsque l'événement était la mort de tout autre personne que le légataire; par exemple : « Je « lègue à Paul *lorsque mon héritier mourra* (2); » il est bien certain que l'héritier mourra, mais il est incertain si le légataire vivra alors : c'est ce que les jurisconsultes romains appelaient *dies incertus*, qui faisait condition dans les dispositions testamentaires (3). Chez nous, le legs ne serait pas toujours regardé comme conditionnel, parce que le testateur a pu vouloir ne mettre qu'un terme au paiement du legs; or, dans cette hypothèse, le droit serait acquis au légataire, par cela seul que celui-ci aurait survécu au testateur, et en conséquence il serait transmissible à ses héritiers. (art. 1041). Ce serait donc un point laissé à la sagesse du juge, qui apprécierait quelle a pu être l'intention du défunt (4).

293. Le sens conditionnel s'exprime communément par la conjonction *si*, ou par ces sortes de

---

(1) L. 4, § 1, *quandò dies legat. vel fideic. cedat.*

(2) L. 4, *princip. eod. tit.*, et L. 79, ff. *de condit. et demonst.*

(3) L. 75, ff. *de condit. et demonst.*

(4) C'est ainsi que l'on doit entendre ce que nous avons dit, peut-être d'une manière un peu trop générale, au tome précédent, n° 86, note.

phrases, *en cas que, pourvu que, à moins que, à condition que,* et autres analogues.

294. Mais la conjonction *lorsque*, ou *quand*, n'emporte condition qu'autant que, d'après le contexte de la disposition, la volonté du testateur n'est pas douteuse. Tel est le sens de l'art. 1041, qui est toutefois assez mal rédigé, puisqu'il emploie le mot *condition* pour exprimer ce qui, suivant ce même article, n'est pas une condition, mais un terme, d'après l'intention du *disposant*.

Cet article est ainsi conçu : « La *condition* qui, « dans l'intention du testateur, ne fait que suspendre « l'exécution de la disposition, n'empêche pas l'hé- « ritier institué, ou le légataire, d'avoir un droit « acquis et transmissible à ses héritiers. » Cela revient à dire : la condition, qui n'est pas une condition. Il fallait donc employer une autre expression, et ce n'était pas difficile.

Si donc je lègue mille francs à Paul, mineur, *lorsqu'il* aura atteint sa majorité, il y a présomption naturelle que je n'ai voulu mettre qu'un terme à la disposition, soit dans l'intérêt de l'héritier, et c'est ce qui aura lieu le plus communément dans ces sortes de cas, quel que soit le légataire; soit dans l'intérêt du légataire lui-même, pour que lui ou son tuteur ne dissipe pas la somme, soit enfin parce que je pensais que Paul n'en aurait pas besoin avant sa majorité. L'intention du testateur s'estimerait d'après les circonstances, et c'est ce pou-

voir discrétionnaire que les rédacteurs du Code ont entendu laisser aux juges par cet art. 1041 ; tandis que, dans le droit romain, suivi en ce point comme en tant d'autres dans plusieurs de nos provinces, la conjonction *lorsque, cùm*, emportait presque toujours condition, par l'effet d'une sorte de présomption légale, qu'il était bien difficile de repousser.

Mais le legs serait évidemment conditionnel si le testateur avait dit : *Je lègue à Paul, s'il parvient à majorité ou mariage ;* et la mort de Paul arrivée avant l'un ou l'autre de ces événemens, rendrait le legs caduc. (Ar. 1040.)

295. Le pronom *qui* forme tantôt condition, tantôt charge ou mode, tantôt simple indication ou démonstration, mais rarement condition.

Il formerait naturellement *condition* dans l'espèce suivante : « Je lègue dix mille francs à Paul, *qui* re« noncera au procès injuste qu'il a intenté à mes « neveux, et leur fera une convenable réparation « du tort qu'il leur a causé. « Si Paul mourait sans avoir exécuté ma volonté, le legs ne passerait pas à ses héritiers, quand bien même ceux-ci se soumettraient à accomplir la condition ; du moins les circonstances de la cause pourraient aisément le faire décider ainsi.

Le pronom *qui* forme *charge* ou *mode*, lorsqu'il est dit : « Je lègue à Paul.... *qui* élèvera un tombeau

« à mon frère, » ou « *qui* voudra bien être mon exé-
« cuteur testamentaire, etc. »

Enfin il forme simple *indication* ou *démonstration* dans le cas où le testateur a dit : « Je lègue à « mon neveu Philippe, *qui* a remporté le prix au « dernier concours de l'académie, ou *qui* a été nommé « capitaine »

Les différences dans les effets entre ces diverses significations sont importantes, et elles se déduiront successivement.

296. Il faut toutefois observer que, souvent, le mot *condition* est employé par les testateurs, et même quelquefois aussi dans la loi (art. 954), pour indiquer une *charge* à exécuter; comme, en sens inverse, on trouve assez fréquemment dans les testamens le mot *charge* employé pour exprimer une véritable condition, c'est-à-dire le cas d'un événement futur et incertain.

Ainsi, quand je dis : « Je lègue ma maison à Paul « *à condition* qu'il comptera mille francs à mes héritiers, » il est présumable que je veux seulement imposer une charge ; et lorsque je dis : « Je « lègue ma maison à Paul, *à la charge* qu'il sera nom- « mé à tel emploi, » il est présumable, au contraire, que je veux plutôt faire une disposition conditionnelle, qu'une disposition avec charge.

D'où il suit, dans le premier cas, que la mort du légataire arrivée avant d'avoir compté les mille francs à mes héritiers ne rendrait pas le legs ca-

duc : ses représentans ou ayant-droit pourraient le réclamer en remplissant la charge, à moins toutefois que, des circonstances de la cause, et surtout du temps qui se serait écoulé depuis ma mort jusqu'à celle du légataire, il ne résultât preuve suffisante que celui-ci n'a pas voulu remplir la charge, et qu'il a mieux aimé ainsi répudier le legs, et à moins aussi que mon intention n'eût été de faire ce legs sous une condition proprement dite, ce qui ne se supposerait pas facilement en pareil cas, sous le Code ; tandis que dans le droit romain, au contraire, on voyait généralement une condition dans de semblables dispositions. Mais l'art. 1040 est le seul principe auquel on doive s'attacher dans ces sortes de questions ; et suivant cet article, il ne suffit pas qu'une disposition paraisse avoir été faite sous condition (ce qu'il suppose même d'abord), pour qu'elle devienne caduque par le prédécès de l'héritier institué ou légataire ; il faut de plus que cette condition soit *telle, que, dans l'intention du testateur, la disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas ;* ce qui, par conséquent est une question d'interprétation de volonté, laissée, en général, à la sagesse des tribunaux, quand le testateur ne s'est pas clairement expliqué.

297. Si la condition mise à la disposition est de ne pas faire telle chose, et qu'elle ne doive pas être réputée non écrite, parce qu'elle n'aurait rien de

contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, il faut distinguer si elle est de nature à s'accomplir du vivant du légataire, ou si elle ne peut se vérifier qu'à sa mort. Par exemple : « Je lègue à Paul dix « mille francs, s'il n'embrasse pas l'état ecclésias« tique avant l'âge de trente ans ; » ou bien, « s'il « n'embrasse pas l'état ecclésiastique (1). »

Dans le premier cas, le légataire ne peut demander le legs qu'autant qu'il aura atteint l'âge de trente ans sans avoir embrassé l'état ecclésiastique

Dans le second, il faudrait, *stricto jure*, attendre sa mort, pour juger si la condition s'est ou non accomplie (2) ; et en supposant l'affirmative, le legs ne serait payable qu'à ses héritiers.

Pour obvier à cet inconvénient, les jurisconsultes romains avaient adopté un moyen propre à concilier les intérêts du légataire avec la volonté du testateur : le légataire était admis à demander de suite la délivrance du legs ; à la charge de donner caution qu'au cas où il contreviendrait à la condition, il restituerait la chose, avec les fruits par lui perçus et tous les avantages qu'il en avait pu retirer. C'était la caution *mutienne*, ainsi appelée du nom de *Quintus Mutius Scœvola*, qui l'avait imaginée (3).

(1) Cette condition n'a rien d'illicite. *Voy.* au tome précédent, n° 136 où nous citons l'opinion conforme de Ricard.

(2) Car le mariage du légataire ne suffirait pas pour faire dire qu'elle s'est accomplie, puisqu'il pourrait devenir veuf et embrasser l'état ecclésiastique.

(3) Ainsi que nous l'enseigne Justinien dans sa novelle 22, chap. 43.

Mais il ne faut pas confondre ce cas avec celui d'un legs fait à quelqu'un, *lorsqu'il mourra*, CUM MORIETUR : ce legs, comme nous l'avons dit, n'est point conditionnel ; c'est un legs à terme, et voilà tout ; la volonté du testateur est manifeste. En conséquence, le légataire n'en peut demander la délivrance, même en offrant caution. En réalité c'est léguer aux héritiers du légataire, et cependant le legs est valable.

Ces décisions étaient suivies dans notre ancienne jurisprudence (1), et il n'y a aucun motif de s'en éloigner sous le Code.

Si, dans le premier cas, le légataire mourait avant l'âge de trente ans, sans avoir embrassé l'état ecclésiastique, comme la condition ne se serait vérifiée que par sa mort, on pourrait soutenir, jusqu'à un certain point, qu'il n'a pas acquis le legs, et par conséquent qu'il ne l'a point transmis à ses héritiers. Mais l'opinion contraire est plus raisonnable ; il ne serait pas vrai de dire en effet, dans ce cas, que légataire est mort *avant* l'accomplissement de la condition, ce qui serait cependant nécessaire, suivant l'art. 1040, pour que le legs fût devenu caduc : la condition se trouverait accomplie du vivant même du légataire, dès qu'il était devenu certain qu'il n'embrasserait pas l'état ecclésiastique ; or, cela était devenu certain au moment où il rendait le dernier soupir, et à cette époque il vivait

(1) Ricard, *des dispositions conditionnelles*, n° 301 et suivans.

encore car *moriendi momentum vitœ attribuitur, quoniam viventes morimur*, observe très bien Vinnius, sur le § 35, Instit. *de legatis*.

298. Les conditions doivent être accomplies suivant l'intention probable du testateur. (Art. 1175.) On doit alors considérer les motifs qu'il a pu avoir en imposant celle qu'il a mise à sa disposition, et c'est ce qui fera que, bien souvent, les tribunaux comme nous l'avons dit, ne verront qu'une simple charge dans la clause, quoique le testateur se soit servi de l'expression *condition*.

299. Lorsqu'il y a plusieurs conditions mises cumulativement, elles doivent toutes s'accomplir. Si elles ont été mises disjonctivement, il suffit que l'une d'elles se réalise.

Les conditions sont généralement mises cumulativement quand elles le sont avec la conjonction copulative *et*, et disjonctivement quand elles le sont avec la conjonction alternative *ou*. Il y a quelques exceptions à cette règle, mais elles sont rares, et elles ne résultent que de l'intention présumée du défunt.

300. Et lorsque la condition est apposée avec une certaine circonstance, il faut qu'elle soit accomplie avec cette circonstance, qui fait elle-même partie de la condition, ou qui en forme une secondaire.

De là, si un temps a été fixé pour son accomplis-

sement, elle a défailli dès que ce temps s'est écoulé sans que l'événement soit arrivé. (Art. 1176.)

301. Les Romains, comme de raison, n'admettaient pas que l'effet des legs pût dépendre du libre arbitre d'un tiers; en sorte que si on eût légué à Sempronius sous cette condition, *si Titius voluerit*, le legs eût été nul, quand bien même Titius aurait déclaré sa volonté pour la validité du legs(1). Mais ils admettaient très bien qu'on peut laisser un legs sous une condition dont l'accomplissement dépendrait cependant, sous un point de vue, de la volonté d'un tiers, par exemple, *si Titius ad Capitolium ascenderit, Seïo do, lego* (2). Car, quoiqu'il dépendît aussi dans ce cas de Titius de faire évanouir le legs, en ne montant pas au Capitole, néanmoins, comme il ne dépendait pas absolument de son libre arbitre, puisqu'il n'eût été caduc qu'autant que Titius se serait abstenu du fait qui était l'objet de la condition, on regardait ce legs comme valable, si cette condition s'accomplissait en effet. C'était à ce cas, et à quelques autres analogues, que les jurisconsultes romains appliquaient la règle *expressa nocent, non expressa non nocent.*

Ils regardaient également comme valable le legs fait à quelqu'un au cas où un tiers désigné l'estime-

(1) L. 52, ff. *de condit. et demonst.* L. 68, ff. *de heredib. instit.*

(2) *Dictis* L. 52, ff. *de condit. et demonst.*; et 68, ff. *de heredib instit.*

rait juste et raisonnable, par exemple : *Si Titius existimaverit, comprobaverit, justum putaverit; quia viro potiùs bono commissum est* (1).

302. Ces décisions ne paraissent pas avoir été rejetées par le Code; et, par exemple, la disposition par laquelle l'héritier ou l'exécuteur testamentaire est chargé de remettre une somme au maire ou au curé de la commune, ou à une autre personne indiquée, *pour en faire la distribution aux pauvres de cette commune*, ou *aux pauvres les plus nécessiteux et les mieux méritans*, est généralement regardée comme valable. Une ordonnance royale, que nous citons plus loin, a autorisé l'acceptation d'une pareille disposition. Le legs ne dépend point en effet de la volonté de la personne indiquée : seulement la distribution de la somme est confiée à sa sagesse. Le legs n'est point non plus réputé fait à personne incertaine, puisque ceux qui doivent en profiter peuvent très bien être reconnus.

303. Anciennement on regardait comme très valable la clause suivante : « J'institue Paul mon légataire universel, à la charge par lui de partager ma « succession avec celui ou ceux de ses enfans qu'il « voudra choisir. »

L'art. 14, du tit. 1er de l'ordonnance de 1747 statue dans l'hypothèse d'une semblable clause. Une pareille disposition ne serait point une subs-

---

(1) L. 75, ff. *princip. de legat.* 1°.

titution fideicommissaire, mais un simple fideicommis, si la charge d'élire devait s'exercer avant la mort de l'institué. Ce serait seulement une charge de l'institution, et elle eût été valable, selon nous, même avant la loi du 17 mai 1826. Nous reviendrons plus loin sur ce point.

304. Les Romains n'admettaient pas non plus, comme on le pense bien, que l'effet du legs pût dépendre de la volonté de l'héritier qui aurait eu à l'acquitter (1): par l'effet du même principe, que l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, est nulle (1174), et n'a de l'obligation que le nom. Ils n'avaient pas même admis que l'on pût léguer sur l'héritier, *sub nomine pœnæ*, c'est-à-dire avec obligation pour lui de payer tant à un tiers, au cas où lui héritier ferait ou ne ferait pas telle chose : par exemple, au cas où il irait ou n'irait pas à Capoue; au cas où il donnerait ou ne donnerait pas sa fille en mariage à Titius (2). La raison de cette prohibition, c'est que, disait-on, la liberté de l'héritier ne doit pas être gênée, et les legs doivent être l'effet d'un sentiment de bienveillance du testateur envers le légataire, plutôt que l'effet d'un mouvement d'animosité envers l'héritier : *Legata, non ex odio, sed ex benevolentiâ, proficisci debent.* Mais les interprètes donnaient encore pour raison que c'était faire dépendre le sort du legs de

---

(1) L. 43, § penult. ff. *de legat.* 1°.

(2) *Vide* le § 36, Instit. *de legatis.*

la volonté de l'héritier, tandis qu'il est de la nature du legs, au contraire, qu'il ne soit pas laissé à son libre arbitre.

Ainsi que nous l'avons dit au tome précédent (1), Justinien a changé cette jurisprudence (2), et a décidé que ces legs seraient valables : en conséquence, que l'héritier serait tenu, pour être dispensé de payer le legs, de faire la chose qui lui était prescrite, ou de s'abstenir de faire celle qui lui était défendue, à moins que ce qui lui aurait été prescrit ou interdit ne fût contraire aux lois, aux mœurs, ou impossible. La décision de Justinien était suivie dans notre ancienne jurisprudence, et comme elle n'a rien que de très raisonnable, elle le serait également sous le Code, d'après les motifs que nous avons donnés quand nous avons traité ce point. Le legs, dans ces cas, dépend sans doute, jusqu'à un certain point, de la volonté de l'héritier, en tant qu'il dépend de lui de faire ou de ne pas faire la chose; mais il ne dépend néanmoins pas de son libre arbitre, puisqu'il ne peut éviter de le payer qu'en faisant la chose qui lui a été ordonnée, ou en s'abstenant de faire celle qui lui a été défendue. « Je vous ai promis dix pistoles en cas que j'allasse « à Paris, dit Pothier (3) : la convention est valable « car il n'est point entièrement en mon pouvoir de « ne les pas donner, puisque je ne puis m'en dispen- « ser qu'en m'abstenant d'aller à Paris; il y a donc

---

(1) N° 117.

(2) Par la loi unique, Cod. *de his quæ pœnæ nomine, etc.*

(3) *Traité des obligations*, n° 48.

« de ma part une obligation et un véritable engage-
« ment. L. 3. ff. *de legat.* 3°. » A plus forte raison en doit-il être ainsi en matière de legs, puisque le légataire assurément a été pour beaucoup dans la pensée du testateur, qui aurait pu léguer l'objet à tout autre personne.

305. Tant que, dans les legs faits sous condition suspensive, la condition n'est point encore accomplie, les héritiers chargés de la délivrance du legs sont propriétaires de l'objet légué, et ils peuvent, en conséquence, en faire le partage, comme des autres biens de la succession (1).

C'est à eux qu'appartient l'action en revendication contre les tiers détenteurs (2); ils prescrivent, s'il en est besoin, et ils ont droit aux fruits et aux accessions : tellement que si, de fait, le légataire se trouvait en possession de la chose léguée, au moment de la mort du testateur, les héritiers pourraient la réclamer, ainsi que la restitution des fruits par lui perçus, dans les cas où ils pourraient se les faire restituer par un autre possesseur (3). En sorte que, s'il en était fermier ou locataire, le prix du bail continuerait d'être dû aux héritiers.

306. Mais le légataire a toutefois la faculté de faire les actes conservatoires de son droit; l'art. 1180 s'ap-

---

(1) L. 12, § 2, ff. *famil. ercisc.*

(2) L. 66, ff. *de rei vind.*

(3) L. 32, § 1, et L. 42, ff. *de legatis* 2°. Ricard, *des dispositions conditionnelles*, n° 182.

plique aux legs conditionnels comme aux obligations ordinaires consenties sous condition (1); par conséquent il peut prendre inscription, conformément aux art. 1017 et 2111 combinés.

Et si la condition vient à s'accomplir, les actes faits par les héritiers sur les biens légués seront sans effet par rapport au légataire (2). La propriété des héritiers était elle-même sous une condition résolutoire, *tanquàm sub contrariâ conditione* : or, les actes faits par celui qui n'avait qu'une propriété résoluble sont, en général, soumis à la même chance de résolution (art. 952, 1183, 1673, 2125 et autres); sauf en ce qui concerne les baux faits de bonne foi. (Art. 1673.)

Ce sera donc au profit du légataire que la prescription aura couru et se sera accomplie *pendente conditione*, si le défunt n'était qu'un simple possesseur; car les héritiers, comme grevés du legs, possédaient aussi, éventuellement, dans l'intérêt du légataire, en vertu même de la volonté de leur auteur.

307. Ricard (3), se fondant sur le droit romain (4), décide que le légataire peut exiger caution des hé-

---

(1) Ricard, *ibid.*

(2) Même loi 12, § 2, *famil. ercisc.* L. 11, § 1, ff. *quemad. servit. amitt.* L. 105, ff. *de condit. et demonst.*, et autres. Ricard, *ibid.*, n° 183.

(3) Ricard, *loco citato*, n° 189.

(4) *Vide* les titres *ut legat. vel fideicom. nomine caveat.* au Digeste et au Code.

ritiers qu'ils lui remettront le legs lors de l'événement prévu. Le Code, en principe, n'établit rien de semblable, sauf la disposition générale de l'art. 807, relative au cas où l'héritier accepte la succession sous bénéfice d'inventaire, cas dans lequel les créanciers ou *autres personnes intéressées*, par conséquent les légataires même sous condition, peuvent exiger de lui bonne et solvable caution du mobilier compris dans l'inventaire, et de la portion du prix des immeubles non déléguée aux créanciers hypothécaires; faute de quoi les meubles sont vendus et leur prix est déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix des immeubles.

Le testateur pouvait d'ailleurs ordonner à ses héritiers de fournir caution au légataire, et il a pu aussi pourvoir à la sûreté de celui-ci en donnant la saisine de son moblier à son exécuteur testamentaire (art. 1026). Le légataire, de son côté, peut demander la séparation des patrimoines (art. 878), et il peut enfin, même avant l'accomplissement de la condition, prendre inscription sur les biens de la succession, pour conserver son privilége (art. 1180 et 2111 combinés), puisqu'on peut s'inscrire pour la conservation d'un droit purement conditionnel (art. 2132 et 2148-4°). Mais précisément ces dispositions indiquent suffisamment qu'il n'a point été dans la pensée des rédacteurs du Code de soumettre indistinctement les héritiers à l'obligation de fournir caution aux légataires conditionnels, pas plus qu'aux légataires à terme.

308. Tout en décidant que le légataire sous condition a le droit, *pendente conditione*, d'exiger caution des héritiers chargés de l'acquittement du legs, et de faire tous les actes conservatoires de son droit, Ricard prétend néanmoins que la prescription ne court pas contre ce légataire tant que le legs n'est pas ouvert par l'accomplissement de la condition, attendu, dit-il, que la prescription ne peut courir contre celui qui ne peut agir : *contrà non valentem agere, non currit prescriptio.*

Cette proposition est trop générale : non, la prescription ne court pas au profit des héritiers, et à leur égard s'applique parfaitement la décision de Ricard, confirmée d'ailleurs par l'art. 2257 du Code; car les héritiers prescriraient à l'effet de se libérer, et la prescription, dans les dettes à terme ou sous condition, ne peut commencer son cours qu'à partir de l'échéance du terme, ou de l'accomplissement de la condition. Mais à l'égard des tiers détenteurs des biens légués, rien n'empêche qu'elle ne coure à leur profit, puisque, d'une part, aucune disposition du Code ne s'y oppose : bien mieux, les art. 2262 et 2265, par la généralité de de leurs expressions, supposent le contraire; et, d'autre part, il n'est pas vrai de dire que le légataire, qui pouvait faire tous les actes conservatoires de son droit, se trouvait dans le cas de l'adage *contrà non valentem agere, non currit prescriptio*. Hormis les cas où le législateur a vu dans un empêchement quelconque, un motif suffisant pour en

faire la base d'une décision à l'effet de suspendre le cours de la prescription, ainsi qu'il l'a fait dans l'art. 2257 précité, cet adage n'a d'autre force que celle de ces axiomes de jurisprudence non revêtus de la sanction législative. Autre chose est en effet la prescription pour acquérir, autre chose est la prescription pour se libérer (1).

309. De plus, Ricard (2) admet bien que, *pendente conditione*, le légataire peut transiger sur son droit avec l'héritier débiteur du legs, qu'il peut faire à cet égard un traité, une novation, ainsi que l'y autorisaient les loi romaines (3); mais il dit qu'il ne peut *renoncer* au legs, attendu qu'on ne peut renoncer à un droit que l'on n'a pas, et qu'il en est ainsi du legs comme d'une succession, à laquelle on ne peut renoncer tant qu'elle n'est pas ouverte.

Si Ricard a seulement voulu dire par là que la renonciation que le légataire ferait de son droit éventuel ne le lierait pas tant qu'elle ne serait pas acceptée par l'héritier; s'il a entendu parler, comme le droit romain (4), d'une simple répudiation, nous sommes parfaitement de son avis; mais s'il a voulu dire aussi, comme le contexte de ses propositions porte à le penser, que le légataire ne peut renoncer gratuitement au legs d'un commun accord

---

(1) Nous avons déja eu occasion de discuter ce point sur des cas analogues, au tome précédent, n°s 379, 496 et 555.

(2) *Des dispositions conditionnelles*, n° 168 et suivans.

(3) L. 21, § 4, ff. *de pactis*.

(4) L. 45, § 3, ff. *de legatis* 2°.

avec l'héritier, nous soutenons que c'est une proposition fausse, et même contradictoire avec celle qu'il établit lui-même ; car, si le légataire peut faire un traité sur le legs, quoique la condition ne soit pas encore accomplie, c'est qu'il y a quelque chose, quelque droit, qui est la matière de ce traité ; or, par cela même, ce droit, quoiqu'éventuel, peut être aussi la matière d'une renonciation. Un créancier conditionnel renonce très bien à son droit, pourvu qu'il soit capable ; par la même raison un légataire sous condition peut renoncer au sien. D'ailleurs, qui peut traiter, transiger, peut renoncer; et si l'on ne peut renoncer à une succession non ouverte, c'est parce qu'on ne peut ni traiter, ni transiger sur une pareille succession. (Art. 791 et 1130.)

310. Quant aux effets ci-dessus, il importe peu, en général, d'examiner si, dans les legs, comme dans les contrats, la condition accomplie a un effet rétroactif, c'est-à-dire si le légataire est censé avoir été propriétaire des biens légués à partir de la mort du testateur, ou s'il est réputé l'être du jour seulement où la condition s'est accomplie ; car la solution de la question, quant à ces effets, serait généralement plutôt de théorie que d'intérêt réel.

Mais sous d'autres points de vue elle a plus d'importance, et elle a été fort controversée parmi les auteurs, qui, bien souvent d'accord sur les effets généraux, n'ont disputé que faute de s'entendre et de bien poser la question elle-même.

D'abord, il est certain, en ce qui concerne la transmission aux héritiers du légataire, mort avant l'événement, que la condition accomplie ensuite n'a pas d'effet rétroactif (art. 1140); tandis qu'elle en a un puissant, en général, dans les contrats (article 1179). Nous l'avons déjà dit.

Elle n'en avait pas non plus, dans le droit romain, relativement à la personne à qui devait appartenir le bénéfice du legs conditionnel fait à un fils de famille ou à un esclave, lorsqu'au moment de l'accomplissement de la condition, le légataire était sorti de la puissance du père ou du maître : dans ce cas, le legs appartenait au fils devenu *sui juris*, ou à l'affranchi ou au nouveau maître. Tandis que le bénéfice d'une stipulation, ou de tout autre convention, faite sous condition par un fils de famille ou par un esclave, appartenait au père ou au maître, quand bien même la condition n'était venue à s'accomplir qu'après l'émancipation du fils, ou l'affranchissement ou l'aliénation de l'esclave (1).

La loi 59, § 1 ff. *de condit. et demonst.* offre aussi l'exemple d'un cas où la condition accomplie paraissait n'avoir pas d'effet rétroatif. Ulpien, auteur de cette loi, décide que le legs fait sous condition à un individu qui se trouve frappé de déportation au moment de la mort du testateur, n'est pas caduc tout de suite par cette cause; qu'il reste

(1) L. 78, ff. *de verb. oblig.* L. 18, *de regul. juris.*; et L. 5, Cod. *de condit. insertis tam legat.*

en suspens, à raison de la possibilité que le légataire ait recouvré les droits civils lorsque la condition viendra à s'accomplir. Or, si elle avait eu un effet rétroactif au jour de la mort du testateur, ou même simplement au jour de l'adition d'hérédité, comme le légataire était incapable de recueillir le legs à cette époque, ce legs eût dû être déclaré caduc tout de suite, et cependant il ne l'est pas ; il ne le serait qu'autant qu'au moment de l'accomplissement de la condition, le légataire se trouverait encore frappé de la déportation. Il est vrai que le jurisconsulte ne donne sa décision qu'avec une sorte d'hésitation, et que, suivant Godefroy, en ses notes sur ce texte, il a eu en vue de restreindre l'application des lois caducaires ; mais enfin il la donne. Dans ce cas du moins, ainsi que dans quelques autres (1), la déportation n'était pas assimilée, dans ses effets, à la mort naturelle.

311. Il résulterait aussi de la loi ci-dessus citée, que, dans les legs conditionnels (2), la capacité du légataire n'était considérée qu'au moment de l'accomplissement de la condition ; et, comme on l'a vu au tome précédent (3), Ricard et Furgole, dont nous avons adopté le sentiment, ne l'exigaient non

---

(1) *Vide* la L. 121, § 2, ff. *de verb. oblig.*

(2) Mais *voy.* toutefois, quant aux *institutions conditionnelles,* le § 4, Instit. *de heredum qualit. et differ.*

(3) Nos 223, 224, et 230 à 234.

plus qu'à cette époque. En sorte qu'il y aurait à conclure de cette doctrine que, lors même que le légataire se trouverait frappé de mort civile au moment de la mort du testateur, le legs serait encore valable, si ce légataire avait recouvré les droits civils au moment de l'accomplissement de la condition. Mais, dans cette opinion, que nous croyons bien fondée, il est clair que la condition accomplie n'aurait pas d'effet rétroactif, puisqu'autrement il faudrait aller jusqu'à dire que le bénéfice du legs doit appartenir à ceux qui ont recueilli les biens du légataire au moment où la mort civile est venue l'atteindre, conformément à l'art. 25 du Code : or, il est impossible de le prétendre ; ce n'est point à eux que le testateur a entendu donner, et l'existence prolongée de leur auteur ne peut pas leur servir à acquérir des biens de son chef (1). Le droit n'a pu s'ouvrir qu'en sa personne, et seulement à partir de l'accomplissement de la condition ; par conséquent, le légataire mort civilement avant qu'elle fût accomplie ne leur a rien transmis à cet égard; à la différence du cas où il se serait agi d'une donation conditionnelle, car alors incontestablement la condition accomplie aurait eu un effet rétroactif au profit des héritiers, en vertu des articles 1179 et 25 combinés.

Du reste, nous ne pensons pas moins que le lé-

(1) Sauf toutefois en ce qui concerne la rente viagère (art. 1982) ; mais cela est fondé sur ce que, dans les contrats, le cas *de mort*, prévu par les parties, s'entend généralement du cas de mort naturelle.

gataire doit être né ou conçu au moment de la mort du testateur, quoique le legs fût conditionnel : l'art. 906 ne distingue pas, et l'art. 49 de l'ordonnance de 1735, *sur les testamens*, portait que l'institution d'héritier faite par testament ne pourrait valoir, *dans aucun cas*, si celui ou ceux au profit de qui elle serait faite, n'étaient ni nés ni conçus lors du décès du testateur. Ainsi, comme nous l'avons dit au tome précédent (n° 224), en citant l'opinion conforme de Furgole et de Boutaric, on ne pourrait léguer de cette manière : *si Marie vient à concevoir après ma mort, je lègue cent à l'enfant qui naîtra d'elle.* Marie vînt-elle en effet à mettre au jour un enfant né viable, le legs ne serait pas moins nul, comme n'ayant eu que le néant pour objet au moment où la disposition devait commencer à produire quelqu'effet, ne fût-ce qu'une espérance. Au lieu que dans le cas où le légataire existe naturellement au temps de la mort du testateur, quoiqu'il soit incapable à cette époque, il peut néanmoins être encore l'objet d'une libéralité conditionnelle, à raison, dit Ulpien, de l'espérance qu'il y a de son retour à la capacité de recueillir au moment où la condition viendra à s'accomplir.

312. Sous les rapports dont nous venons de parler, il est vrai de dire que la condition accomplie, dans les dispositions testamentaires, n'est pas censée rétroagir ; mais, en ce qui concerne le légataire lui-même, et l'époque à laquelle il est censé avoir

acquis le droit et avoir eu la propriété des biens légués, le motif des lois romaines citées en preuve que la condition accomplie ne rétroagit pas dans les legs, n'a aucune application sous le Code.

De là, si une femme à laquelle il a été fait un legs d'une chose mobilière sous condition, se marie *pendente conditione*, en stipulant que son mobilier présent lui demeurera propre, sans autre explication, l'objet légué ne doit pas tomber dans sa communauté, quand bien même la condition viendrait à s'accomplir pendant le mariage. La légataire doit être censée avoir acquis le droit à partir de la mort du testateur, et par conséquent avoir compris la chose léguée dans l'exclusion de son mobilier présent ; elle a entendu se réserver tous ses droits mobiliers même éventuels, tous ceux, en un mot, pour lesquels elle avait alors un titre, quoique d'un effet incertain.

De là encore, si un immeuble est légué sous condition à un mineur, que cet immeuble soit possédé par un tiers, et que la condition vienne à s'accomplir, la prescription, depuis la mort du testateur, n'aura pas couru pendant la minorité, parce qu'elle ne court pas contre les mineurs (art. 2252); tandis que si l'on décidait que le mineur est censé n'avoir eu de droit à l'objet légué qu'à partir seulement du jour de l'accomplissement de la condition, il s'ensuivrait que la prescription aurait pu s'accomplir *pendente conditione*, puisque l'art. 2252 ne lui serait d'aucun secours ; car, ce ne serait pas

contre lui qu'elle aurait couru, mais bien contre l'héritier propriétaire alors de l'immeuble, sauf au légataire son action en indemnité contre ce dernier pour n'avoir pas su conserver la chose léguée. Mais il n'en est pas ainsi, selon nous du moins.

Il suit encore de notre proposition, et sous ce point de vue le droit romain (1) lui-même était d'accord avec notre décision, il suit, disons-nous, que tous les actes (2) que l'héritier grevé du legs aura faits sur les biens légués, *pendente conditione*, demeureront non avenus à l'égard du légataire, d'après la règle *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

313. La question doit donc être décidée d'après ces distinctions, et l'on peut dire, en principe général, que la condition accomplie a un effet rétroactif dans les dispositions testamentaires ellesmêmes comme dans les contrats.

On doit d'autant mieux le penser, que les rédacteurs du Code ne pouvaient ignorer la controverse qui s'était élevée sur ce point parmi les auteurs, et qu'ils n'ont néanmoins établi dans dans la loi sur *les testamens* aucunes règles particulières aux conditions apposées aux legs, si ce n'est

---

(1) L. 12, § 2, ff. *familiæ erciscundæ*, citée précédemment.

(2) A l'exception toutefois des baux faits sans fraude (argument des art. 595 et 1673); et encore cette exception, que le droit romain n'aurait pas admise, n'est-elle fondée que sur des raisons d'intérêt général.

celles des art. 900, 1040 et 1041 : d'où il est naturel de croire qu'ils ont entendu s'en référer, pour les autres points, aux dispositions du titre *des obligations en général*, relatives à la matière des conditions.

L'objection tirée de l'art. 1040 n'a d'ailleurs rien de bien concluant, car, même dans les actes entre-vifs, ce n'est pas toujours que la condition accomplie a un effet rétroactif : elle ne l'a pas lorsque la chose est venue à périr pendant que la condition était encore en suspens, puisque l'obligation est éteinte (art. 1082), sans que le débiteur doive le prix, tandis qu'il le devrait si l'effet de la condition rétroagissait au jour du contrat, attendu qu'il serait censé avoir été propriétaire de l'objet à partir de ce jour (art. 1138), et alors la chose aurait péri pour lui, d'après la règle *res perit domino*. Mais il n'en est pas ainsi, et avec raison, parce qu'il est nécessaire qu'au moment où la condition s'accomplit il y ait un objet qui soit la matière du contrat, de même qu'il est nécessaire dans le legs conditionnel, qu'au moment de l'accomplissement de la condition il y ait une personne à qui le testateur a voulu donner, pour le recueillir.

Ainsi, selon nous, et selon le docte Henrys (1),

---

(1) Tom. III, liv. 6, *quest.* 23. *Voy.* ce que nous avons dit à ce sujet au tome précédent, n° 85, en rapportant l'opinion de ce jurisconsulte sur une question qui se rattache à celle qui est maintenant en discussion. *Voy.* en outre le n° 79 du même volume, où nous citons la décision de Ricard, qui enseigne, comme nous, que dans le legs

la condition accomplie, dans les legs comme dans les contrats, a un effet rétroactif à partir de la mort du testateur, en ce sens que le légataire est réputé propriétaire des biens légués dès cette époque. Cela nous paraît incontestable dans les principes du droit français, et l'on arrivait bien à peu près à ce résultat dans le droit romain lui-même, puisqu'on y décidait également que les actes faits sur les biens légués par les héritiers, *pendente conditione*, étaient sans effet à l'égard du légataire. La loi 26, ff., *de condit. institut.*, dit même formellement que la condition accomplie fait presque réputer le legs pur et simple : *Conditione expletâ, pro eo est, quasi* PURÈ *hereditas vel legatum relictum sit.*

On ne peut d'ailleurs prétendre que le légataire tient de l'héritier l'objet; il l'a reçu, au contraire, du testateur, *rectâ viâ* : les lois romaines elles-mêmes le décident ainsi (1). Or, pour cela, il faut supposer que la propriété des héritiers s'est effacée par l'effet de la résolution de leur droit. Telle est au surplus la doctrine que nous avons constamment professée, en traitant des *substitutions prohibées*, au tome précédent, où nous établissons, avec Ricard et autres, que, dans les legs condition-

---

conditionnel *il n'y a qu'un degré....* Le même auteur, *des dispositions conditionnelles*, n° 183, regarde aussi le légataire, dès que la condition est accomplie, comme propriétaire de la chose léguée, à partir de la mort du testateur.

(1) L. 80, ff. *de legatis* 2°; et L. 64, ff. *de furtis*.

nels, il n'y a qu'un degré, que le légataire tient la chose léguée *rectâ viâ* du testateur; tandis que dans les substitutions, il y a en quelque sorte deux degrés, parce que l'appelé tient les biens immédiatement du grevé, et médiatement du disposant.

§ IV.

Du legs fait avec charge.

314. Il ne faut pas confondre le legs fait sous une charge, que les jurisconsultes romains appelaient *modus*, mode, avec le legs conditionnel. Il y a bien cette similitude entre eux, que la charge, comme la condition, doit, en général, être remplie, à peine de révocation du legs; mais la charge diffère de la condition suspensive, en ce qu'elle ne suspend point l'effet de la disposition, tandis que la condition le suspend. D'où il suit que la mort du légataire survenue avant que la charge ait été remplie ne fait pas évanouir le legs, au lieu qu'elle ferait évanouir le legs conditionnel.

La charge n'empêche point non plus le légataire de demander de suite la délivrance du legs; tandis que la condition, tant qu'elle n'est pas accomplie, en suspend nécessairement l'exécution, puisqu'elle en suspend même l'effet. L'on sent dès lors combien il importe de bien distinguer ces diverses espèces de legs.

315. Un legs est fait sous un mode, ou une

charge, lorsque le testateur a prescrit au légataire de donner quelque chose à un tiers, ou de faire quelque chose, ainsi que la loi 17, § 4, ff., *de condit, et demonst.*, nous en offre plusieurs exemple : *Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur* (1).

316. Ricard (2), qui appelle ces dispositions *onéreuses*, parce qu'en effet elles renferment une *charge* à remplir par le légataire, donne cet exemple : « Je lègue à la maison de Sorbonne cent mille « écus, à la charge que de cette somme on fera « bâtir dans six mois une bibliothèque. » Le légataire, dit-il, peut obtenir de suite la délivrance du legs, mais en offrant caution pour sûreté de l'exécution de la charge (3). Nous reviendrons sur cette caution.

317. Si je lègue ma maison à Paul, à la charge par lui de donner mille francs à Philippe, je fais aussi un legs avec simple charge, et non un legs conditionnel, quand bien même j'aurais dit, à *condition* que Paul donnera mille francs à Philippe.

Si Philippe meurt avant moi, la disposition faite en sa faveur devient caduque; mais la caducité profite à Paul, et non à celui qui profiterait de la

(1) *Vide* aussi au Code le titre *de his quæ sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur.*

(2) *Des dispositions conditionnelles*, n° 5.

(3) L. 40, § 1, ff. *de condit. et demonst.*

caducité du legs principal : *Nam quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda.* Paul en profite *tanquàm jure non descrescendi,* comme si la charge n'avait pas été mise (1).

Si c'est Paul légataire direct qui meurt avant moi, et que Philippe me survive, les mille francs devront lui être payés par celui qui profitera de la caducité du legs de la maison, en vertu du même principe, *quem sequuntur incommoda,* etc. (2) : la maison reste *cum onere* à celui qui était chargé de la délivrer à Paul.

Cependant, si la charge imposée à ce dernier eût été quelque fait qui lui aurait été personnel, comme de faire un tableau de sa main pour Philippe, la charge ne passerait pas à la personne qui recueillerait le legs principal à défaut de Paul; elle serait caduque (3).

318. La circonstance que Philippe serait incapable de recevoir de Paul ne dispenserait point celui-ci de remplir la charge : car ce n'est pas de lui qu'en réalité Philippe recevrait le bénéfice de la clause. La loi 55, ff., *de condit. et demonst.,* décide

---

(1) Ricard, *des donations,* part. 3, n° 504; *Des dispositions conditionnelles,* n° 144 et suivans. L. 17, ff. *de legat.* 2°; et L. unique Cod., § 7, *de caducis tollendis.*

(2) Même loi, *de caducis tollendis,* § 4. *Vide* au tome précédent, n° 92, où nous citons plusieurs décisions rendues en ce sens sur des cas analogues, et en conformité du principe qui nous détermine ici.

(3) Même loi, § 9, vers. *si verò talis.*

en pareil cas, que la charge ne doit pas moins être remplie, quoique, suivant cette loi, le tiers ne dût point profiter de la disposition faite en sa faveur (1). Le jurisconsulte va même jusqu'à dire que si le testateur avait imposé à Paul l'obligation de déposer une somme sur un grand chemin, ou de la jeter à la mer, la charge ne devrait pas moins être remplie, pour que le legs eût son effet. Il serait, je pense, superflu de faire observer qu'une pareille décision ne serait point suivie parmi nous : la charge, dans ce dernier cas, serait indubitablement considérée comme non écrite ; mais dans le cas de l'incapacité du tiers relativement à Paul, celui-ci ne devrait pas moins la remplir, et le tiers en conserverait le bénéfice, comme il l'eût conservé sous le droit de Justinien, après l'abolition des lois caducaires.

319. Il y a plus de difficulté lorsque le tiers est incapable de recevoir du testateur, non pas sans doute qu'on puisse penser qu'alors il ait droit au bénéfice de la charge, car il est clair qu'il ne peut y prétendre : autrement rien ne serait plus facile que d'éluder les lois qui défendent de donner à des incapables ; mais pour savoir si le bénéfice de la charge ne doit pas du moins appartenir à ceux qui profiteraient de la caducité du legs principal. On peut dire pour l'affirmative, que le testateur n'a lé-

(1) Elle lui était enlevée par le fisc, en vertu des lois *caducaires*.

gué la maison à Paul, que sous cette charge; que sa disposition ne doit pas être divisée, et que d'ailleurs la circonstance que le tiers est incapable de recevoir du testateur, est une chose qui ne regarde point le légataire. On peut ajouter que ce cas est différent de celui où le tiers meurt avant le testateur, car, dans ce dernier, si la charge n'est point accomplie, c'est par la force des choses, tandis que dans l'hypothèse en question, le légataire contreviendrait à la volonté du testateur en n'exécutant pas la charge.

Néanmoins il faut tenir pour l'opinion contraire : il y a même raison que lorsque le tiers vient à mourir avant le testateur, puisque c'est aussi par la force des choses que la charge ne peut être exécutée; il y a même une raison de plus, c'est que cette charge doit être réputée non écrite, comme ayant été mise, contre le vœu de la loi, au profit d'un incapable. Ce n'est point en faveur des héritiers tenus de la délivrance du legs qu'elle a été imposée, et l'on ne voit pas dès lors pourquoi ils en profiteraient. La caducité, quelle qu'en soit la cause, d'un legs particulier mis à la charge d'un légataire universel ou à titre universel, profite à celui qui en était tenu; par la même raison, la caducité de la charge, dans l'espèce en question, doit profiter à celui qui devait l'acquitter, toujours d'après la règle *quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda.* Cette charge fait en quelque sorte un legs spécial, et cela est si vrai, que la mort

du tiers avant le décès du testateur la fait évanouir. La loi 55, ff. *de condit. et démonst.* précitée, ne serait donc d'aucune application ; elle ne favorisait d'ailleurs en aucune manière l'héritier chargé de la délivrance du legs, mais bien le fisc : or, chez nous le fisc n'a aucun intérêt à la solution de la question. Le Parlement de Paris a jugé en ce sens, le 13 mai 1762, par arrêt rapporté dans l'ancien Denizart, v° *disposition conditionnelles.*

A plus forte raison lorsque le tiers, capable de recevoir du testateur, ne veut pas profiter de la charge, le bénéfice de la caducité appartient-il à celui à qui elle avait été imposée ; la condition est réputée remplie : le droit romain lui-même le décidait ainsi (1).

Il faut donc tenir en principe général que toutes les fois que, par une cause quelconque, le tiers ne recueille pas le bénéfice de la charge mise à son profit, celui qui était tenu de l'exécuter en demeure affranchi, à moins que la volonté du testateur n'ait été d'en faire profiter soit les héritiers, soit quelque autre personne ; ce qui s'estimerait d'après les termes du testament.

320. Si le tiers a survécu au testateur, il a pu transmettre son droit à ses propres héritiers ; mais si la charge mise à son profit l'avait été sous condition, dans la pensée du testateur, alors il faudrait en outre, pour que le droit passât à ses héritiers,

---

(1) L. 3, ff. *de condit. institut.*

que la condition se fût accomplie avant sa mort. On considérerait en effet le tiers comme un légataire (1), et en conséquence on lui appliquerait les règles relatives aux legs ; car en réalité, dans l'espèce en question, c'est absolument comme si j'avais légué ma maison à Paul moins mille francs que celui-ci remettrait à mes héritiers, pour les compter à Philippe. Or, les mille francs, quoique non sortis *in specie* de ma bourse, n'en parviendraient pas moins à Philippe par l'effet de ma volonté : c'est donc moi qui le gratifierait réellement.

521. Dans l'ancien droit romain, le tiers n'avait pas d'action contre le légataire ; seulement si celui-ci n'exécutait pas la charge, l'héritier pouvait répéter la chose léguée, et il avait à cet effet l'action dite *sine causâ*. Mais dans la suite, les empereurs, et Gordien le premier, donnèrent au tiers une action directe contre le légataire (2); et il en serait incontestablement de même aujourd'hui, en vertu de l'article 1121, par argument.

Le tiers pourrait, par la même raison, agir contre celui qui, au défaut du légataire, aurait profité de la caducité du legs grevé de la charge.

522. Le refus du légataire d'exécuter la charge ne donnerait pas sans doute au tiers le droit de de-

---

(1) C'est d'après ce principe que nous avons décidé, *suprà*, n° 118, qu'il ne peut être témoin au testament par acte public.

(2) L. 2, Cod. *de his quæ sub modo*, etc.; et L. 3, Cod. *de donat. quæ sub modo, vel condit.*, etc.

mander la révocation du legs, mais il lui donnerait le droit d'en demander la délivrance à son profit, jusqu'à concurrence de ce qui serait nécessaire pour l'exécution de cette charge.

Mais si elle avait été mise en faveur de celui qui doit acquitter le legs, ce dernier pourrait, conformément à l'article 1046, combiné avec l'article 954, demander la révocation du legs.

Et dans le cas où le légataire aurait déja accepté le legs, l'héritier aurait même le choix, ou d'exiger l'exécution de la charge, ou de demander la révocation (1).

Enfin, le droit de demander la révocation du legs appartiendrait également à l'héritier, quoique la charge n'eût pas été mise dans son intérêt, si elle consistait dans un fait non appréciable, licite et possible, et qu'elle n'eût point été exécutée.

Mais quand il ne s'agira que de l'obligation imposée au légataire de faire quelque chose pour un tiers, ou de lui compter une somme, l'héritier chargé de la délivrance du legs aura rarement le droit d'en demander la révocation, sur le prétexte de l'inexécution de la charge, puisqu'il sera sans intérêt à ce que le tiers ait une action; et si celui-ci n'agit pas contre le légataire, c'est probablement parce qu'il ne tiendra pas à ce que la charge soit exécutée.

---

(1) L. 70, § 1, ff. *de legat.* 2°, L. 22, *princip.* ff. *de fideicom. libert.* *Voy.* aussi ce que nous avons dit au tome précédent, n° 544, où nous citons, en note, plusieurs autres textes du droit romain qui le décident ainsi.

323. Si deux legs ont été faits à la même personne, l'un avec charge, l'autre sans charge, le légataire ne peut, en général, demander la délivrance du legs fait sans charge, et répudier l'autre, pour se dispenser d'exécuter la volonté du défunt (1). Mais il y aurait exception si, des circonstances de la cause, il apparaissait que le testateur a voulu faire les deux legs sans relation de l'un à l'autre, ce qui se présumerait assez facilement dans le cas où les dispositions seraient portées dans des actes divers : par exemple, par un premier testament je lègue à Paul ma maison, et par une autre disposition, portée dans un autre acte, je lui lègue une vigne, à la charge, s'il la veut, de payer mille francs à mes héritiers. En pareil cas, le testateur ne devrait pas être présumé avoir voulu que l'effet du premier legs fût nécessairement subordonné à l'acceptation de l'autre.

324. Lorsqu'une partie de la chose léguée ne peut être délivrée au légataire, parce que cette partie est venue à périr dans la main du testateur, par exemple, parce qu'un tiers en a acquis la propriété par prescription, le droit romain décide, quand la charge est une chose divisible, *putà* de donner dix à Titius, qu'elle doit être réduite proportionnellement, d'après la volonté présumée du testateur (2).

---

(1) L. 5, *princip.* et § 1, ff. *de legat.* 2°. Voët *ad Pandect.*, tit. *de legat.*, n° 37.

(2) L. 44, § 9, ff. *de condit. et demonst.*

Cette disposition devrait être suivie aussi dans notre droit.

La charge devrait pareillement être diminuée, d'après la même présomption, dans le cas où ce serait le testateur lui-même qui aurait réduit le legs, par des aliénations ou autres espèces de révocations.

Et si le legs était atteint par la réduction pour fournir les réserves, la charge devrait aussi être réduite proportionnément; car elle est elle-même un legs secondaire, un legs accessoire, et qui est même préféré au legs principal, puisqu'elle n'en subsisterait pas moins nonobstant la caducité de ce dernier legs, ainsi que nous l'avons dit plus haut : donc le tiers qui en profite doit aussi subir la réduction (1).

Si le légataire est évincé de l'objet du legs, la charge n'est pas due; s'il n'est évincé que d'une partie, elle est réductible. En conséquence, si elle a été payée, le légataire peut répéter, par l'action *sine causâ,* de celui qui en a reçu le montant.

525. Mais la perte totale ou partielle de la chose léguée, survenue, même par cas fortuit, depuis la mort du testateur, ne donnerait pas lieu à la répétition de ce qui aurait été payé en exécution de la charge, ni à une diminution : *res perit domino ;* sauf

---

(1) Ricard, *des dispositions conditionnelles,* n° 126, et argument tiré de la loi 32, § 4, ff. *ad legem falcidiam.*

au légataire à ne pas accepter le legs, si les choses sont encore entières.

326. Si le legs a été fait à deux personnes, sous la charge de compter dix à l'héritier ou à un tiers, chacun des légataires peut accomplir la charge pour sa part : il le pourrait même dans le cas où la clause aurait été conçue en forme de condition (1).

327. Mais s'il n'y avait qu'un légataire, il ne pourrait demander une partie du legs, en offrant d'exécuter la charge pour la même partie (2).

328. Lorsqu'un legs fait avec charge a été transféré à une autre personne; par exemple, *la maison que j'avais léguée à Paul, je la lègue à Jean,* le legs passe au second légataire avec la charge, à moins de déclaration contraire de la part du testateur ; car, sous le rapport de l'objet et de la charge, c'est le même legs, mais fait au profit d'une autre personne.

329. Toutefois si, par la seconde disposition, il y avait d'abord révocation du legs fait à Paul, et ensuite don du même objet au profit de Jean, sans mention de la charge, Jean n'en serait point tenu, attendu que ce serait un autre legs, et fait *sine onere* (3).

---

(1) L. 44, § 8, et L. 56, ff. *de condit. et demonst.* Mais dans le droit romain ces legs, en général, étaient conditionnels, tandis que sous le Code ils sont, au contraire, en général, faits seulement avec charge.

(2) Même loi 56.

(3) *Vide*, pour l'un et l'autre cas, la loi 19, ff. *de adimend. vel transf. legat.*, par argument.

D'après cette distinction, si le premier legs est conditionnel, la condition passera, ou ne passera pas, à la seconde disposition; et elle n'y passerait dans aucun cas, si elle était du nombre de celles qui ne peuvent être accomplies que par la personne à qui elles sont imposées (1).

330. Ce qui vient d'être dit quand à la charge et quant à la condition, est applicable, soit que les deux dispositions aient eu lieu par des actes séparés, soit qu'elles aient eu lieu par le même acte.

331. Quant ce qui a été prescrit au légataire est contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, la charge est réputée non écrite, comme le serait une condition proprement dite. (Art. 900.)

Et il en serait de même s'il ne dépendait pas du légataire d'exécuter la charge (*ibid.*); tel serait le cas où il aurait été chargé de livrer un certain cheval à Paul, et que ce cheval serait venu à mourir sans sa faute, et avant d'être en demeure de le délivrer. Tel serait aussi le cas où le testateur lui aurait fait le legs à la charge d'épouser telle personne, et que cette personne n'y voudrait pas consentir (2).

332. Il en serait autrement si l'impossibilité d'exécuter la charge était seulement relative à la personne

---

(1) L. 95, *de condit. et demonst.*, et L. 24, ff. *de adim. vel transf. legat.*

(2) L. 37, ff. *de condit. et demonst.* L. 92, § 1, ff. *de legat.* 1°. L. 1, Cod. *de his quæ sub modo.*

du légataire, qui n'aurait pas les moyens de faire la chose prescrite (1). Mais cette impuissance pourrait quelquefois être considérée comme absolue : par exemple, si un legs était fait à un individu sous la charge d'épouser la nièce du testateur, et qu'au moment de la mort de celui-ci, le légataire, qui ignorait la disposition, se trouvât engagé dans les ordres sacrés, la charge serait remise, comme étant d'une exécution impossible, et le legs, en thèse générale, ne serait pas moins valable, à moins que le testateur ne l'eût fait que conditionnellement, uniquement en vue du mariage; ce qui s'estimerait d'après les circonstances.

333. Lorsque le testateur n'a mis un *mode* au legs que dans l'intérêt du légataire seulement, comme désignation de la cause impulsive de sa libéralité, il n'y a véritablement pas *charge*, ni par conséquent aucune obligation pour le légataire de s'y conformer. Il peut donc demander la délivrance du legs, sans être tenu de fournir caution (2). Tel serait le cas où le testateur aurait dit : « Je lègue à Paul mille écus pour lui faciliter les « moyens de reconstruire sa maison, qui a été dé- « truite par incendie; » ou bien : « Je lègue à Paul « mille écus pour acheter des livres, etc. »

334. Mais il en serait autrement si je léguais à

(1) L. 4, § 1, ff. *de statuliberis*.

(2) L. 71, *princip.* ff. *de condit. et demonst.*

mon frère mille écus pour lui fournir les moyens de faire apprendre un métier à notre neveu, ou pour élever un tombeau à notre père (1). En un mot, dans tous les cas où la volonté du testateur sera que la chose par lui prescrite devra être faite, ce sera une véritable charge, qui devra être exécutée à peine de révocation du legs; et le légataire, pour en obtenir la délivrance, doit généralement fournir caution pour sûreté de l'accomplissement de la volonté du défunt, si, du testament ou des circonstances particulières de la cause, il ne résulte pas que le disposant a voulu le dispenser de la fournir.

§ V.

Du legs rémunératoire ou fait avec expression de cause.

335. Comme la donation entre-vifs, le legs peut être rémunératoire, c'est-à-dire être fait en vue de récompenser les services que le légataire a rendus au testateur, ou de l'indemniser de quelque dépense qu'il aurait faite dans son intérêt.

Ce legs a donc son motif dans le *passé*, comme dit Ricard; tandis que le legs *onéreux*, ou fait avec charge, a son motif dans le *futur*; et il diffère du legs conditionnel en ce que son effet ne dépend point, en principe, de la réalité du motif qui a

(1) Même L. 71, ff. *de condit. et demonst.*

porté le testateur à léguer ; au lieu que l'effet du legs conditionnel proprement dit dépend de l'événement dont le testateur a fait l'objet de la condition.

336. Ainsi, je lègue cent francs à Paul, *s'il a géré mes affaires ;* c'est un legs conditionnel (1).

Je lègue cent francs à Paul, *parce qu'il a géré mes affaires ;* c'est un legs rémunératoire, ou avec expression de cause.

Je lègue cent francs à Paul, *pour qu'il veille à l'exécution de mon testament* : c'est un legs fait avec *charge*.

337. Le fausseté de la *cause*, ou du motif exprimé, ne vicie pas le legs, parce que, disent les jurisconsultes romains, *ratio legandi legato non cohœret* (2). La véritable *cause* du legs est dans le sentiment de bienfaisance du testateur envers le légataire, et il est possible qu'il n'ait exprimé un motif que par ménagement pour son héritier, dans la vue de ne point le mécontenter, et pour d'autres raisons encore.

338. Mais les romains ne le décidaient ainsi qu'en principe : dans l'application, ils réservaient à l'héritier l'exception pour repousser la demande du

(1) § 31, Instit. *de legat.* L. 17, § 3, ff. *de condit. et demonst.*.

(2) L. 72, § 6, ff. *de condit. et demonst.*, et § 31, Instit. *de legat.* précité.

légataire lorsqu'il était prouvé que le testateur n'avait légué qu'en considération du fait, ou de la cause qu'il avait exprimée, et qui se trouvait fausse: *sed plerùmque doli exceptio locum habet, si probetur aliàs legaturus non fuisse,* dit Papinien dans la loi 72, § 6, ff. *de condit. et demonst.*

Ainsi c'était à l'héritier à faire la preuve. En effet il excipait, et *rem excipiendo fit actor.* Il en serait de même sous le Code.

Et comme l'exception était *perpétuelle,* si l'héritier eût payé dans l'ignorance de la fausseté du fait, il eût pu répéter par l'action dite *condictio indebiti* (1), comme il le pourrait aussi chez nous dans le même cas.

339. Gaïus, dans la loi 17, § 2 au même titre, ff. *de condit. et demonst.*, suppose qu'un père a légué à l'un de ses fils un fonds par préciput, en donnant pour motif que l'autre a tiré de sa caisse des sommes de la valeur de ce fonds : *fundum Titius filius meus præcipito, quia frater ejus ex arcâ tot aureos sumpsit;* et le jurisconsulte décide, sans réserver expressément l'exception, que le legs du fonds n'est pas moins utilement laissé, quoique le frère du légataire n'eût pas tiré ces sommes de la caisse de son père. Mais sa décision n'est qu'en principe pur, et sans préjudice de l'exception sous-entendue dont parle Papinien dans la loi citée en premier lieu,

(1) L. 40, ff. *de condict. indeb.*

pour le cas où il résulterait des circonstances de la cause que le père n'a fait un legs par préciput à l'un de ses enfans que parce qu'il croyait que l'autre lui avait depensé des sommes, voulant de la sorte rétablir entre eux l'égalité. Cette décision serait pareillement suivie dans notre droit.

340. Mais l'exception dont on vient de parler ne pourrait que très difficilement être opposée dans les cas où il devait être à peu près indifférent au testateur que le motif exprimé dans son testament fût vrai ou faux : comme s'il avait légué tant à Paul, *parce qu'il a fait des pertes considérables dans son commerce*, ou *dans la faillite d'un tel*, et autres cas analogues. Tandis que si la clause était conçue sous le mode conditionnel : « Je lègue à Paul mille francs « *s'il a perdu cette somme dans la faillite d'un tel* , » le legs ne serait dû qu'autant que le fait serait vrai.

341. Lorsque le testateur se sera servi du pronom indicatif *qui*, au lieu d'employer la conjonction *parce que*, on devra plus facilement encore décider en faveur du legs, nonobstant la fausseté du fait exprimé par le testateur : par exemple, lorsqu'il aura dit : Je lègue à M. un tel ..., *qui a rempli telle fonction*, ou *qui a été nommé à tel emploi par la voie d'un concours*, ou *qui a fait un bon ouvrage*, etc.; cette fausse indication des titres du légataire, quand d'ailleurs la personne sera bien certaine, affectera moins encore le legs, que ne l'affecterait la fausseté du motif exprimé par la conjonction *parce que*.

Mais, dans les cas même où le testateur n'avait pas un intérêt même moral à ce que le fait exprimé dans son testament fût vrai, si néanmoins les circonstances indiquaient suffisamment qu'il a principalement légué en vue de récompenser la personne à raison de telle ou telle action qui se trouverait n'avoir point eu lieu, l'exception pourrait être opposée au légataire, et détruire ainsi le legs, comme fait par erreur, d'après une cause fausse.

C'est donc un point laissé à la sagesse des tribunaux, qui apprécieraient l'intention qu'a pu avoir le testateur. Ils ne perdraient pas de vue que, si *falsa causa non nocet, quia ratio legandi legato non cohœret; tamen plerùmque exceptio locum habet, si probetur aliàs legaturus non fuisse* (1).

§ VI.

Du legs fait avec démonstration, et de l'erreur sur le nom ou la qualité du légataire, ou sur la chose léguée.

342. Dans le langage des jurisconsultes sur cette matière, il y a deux sortes de *démonstrations* : l'une qui concerne la personne du légataire ; l'autre qui concerne la chose léguée.

343. La fausse indication des nom, prénoms,

---

(1) *Voy.* dans ce sens les lois 4, Cod. *de heredib. instit.*, et 5, Cod. *de testam.*, sur lesquelles, au surplus, nous reviendrons au paragraphe suivant.

qualité, profession, lieu de naissance ou du domicile du légataire, ne vicie pas le legs, quand d'ailleurs il est bien constant que c'est à telle personne que le testateur a voulu léguer : *error hujus modi nihil officit veritati* (1).

Il en est de même de la fausse énonciation de ses rapports de parenté, d'alliance ou de confraternité avec le disposant (2).

344. Et le legs fait à quelqu'un désigné, à défaut de son nom, par les rapports qui l'unissaient au défunt, ou par sa profession, ou enfin par telle ou telle circonstance, ne serait pas moins bon que s'il eût été fait à une personne régulièrement dénommée, pourvu qu'il n'y eût pas d'incertitude sur le légataire.

Ainsi, le legs que je fais à mon beau-père, ou à mon frère, ou à mon associé, lorsque je n'ai que ce beau-père, ce seul frère, ou ce seul associé, est incontestablement valable. Il en est de même de celui que je fais *au maire actuel* de ma commune, ou à celui de mes domestiques qui est le plus anciennement à mon service : NAM DEMONSTRATIO PLERUMQUE VICE NOMINIS FUNGITUR (3). Je lègue valablement aussi *à la personne qui m'a sauvé d'un péril dans telle circonstance*, et que je ne connais pas ; il suffira pour

---

(1) L. 4, Cod. *de testamentis.* L. 48, § 3, ff. *de condit. et demonst.*

(2) L. 33, *eodem tit.*, et L. 58, § 1, ff. *de heredib. instituend.*

(3) 3L. 4, ff. *de condit. et demonst.*

la validité du legs qu'elle se fasse clairement reconnaître. Enfin, et ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, je lègue utilement aux pauvres de telle commune, même aux pauvres qui assisteront à mon enterrement, car par le fait ils se feront connaître.

345. Quoiqu'en principe l'erreur sur la *qualité* du légataire ne vicie pas le legs, néanmoins si l'on devait présumer que c'est cette qualité, crue vraie par le testateur, qui a déterminé celui-ci à faire la disposition, le legs devrait être déclaré nul par voie d'exception, comme fait d'après une fausse cause. Les lois 4 Cod. *de heredib. instit.* et 5 Cod. *de testament.*, que nous avons déjà eu occasion de citer, nous offrent des exemples de ces cas, où le legs est nul, et leur décision serait incontestablement applicable dans notre droit.

346. Par suite des principes ci-dessus, les fausses dénominations, les fausses indications relatives à la chose léguée, ne vicient pas non plus le legs.

Ainsi quand, en léguant un fonds, j'appellerais ce fonds d'un autre nom que celui qu'il a, le legs ne serait pas moins valable : *Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus* (1). A plus forte raison si j'avais déjà moi-même changé le nom de ce fonds, quoique ce ne fût que depuis très peu de temps, le legs serait-il dû, car alors il n'y aurait même plus d'erreur.

(1) L. 4, ff. *de legatis* 1°.

347. Par les mêmes motifs, les fausses indications dans les confins des héritages légués, ou dans le nom de la commune où ils sont situés, ce qui peut si facilement arriver, ne vicient-elles pas non plus le legs.

L'essentiel est que l'on puisse bien reconnaître ce que le testateur a voulu léguer : or, les circonstances du fait peuvent aisément conduire à ce résultat.

348. Mais le legs serait nul, si le testateur avait erré sur l'objet lui-même : *sed si in corpore erravit, non debebitur* (1). *Et si in re quis erraverit, ut putà dùm vult lancem relinquere, vestem leget : neutrum debebit : hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit* (2).

En effet, celui qui énonce une autre chose que celle qu'il a en vue paraît ne rien énoncer, et par conséquent ne rien léguer : on ne peut pas dire qu'il a légué la chose qu'il n'a pas nommée, puique son intention à l'égard de cette chose ne se trouve pas exprimée ; ni qu'il a légué celle qu'il a nommée, puisqu'en fait il ne voulait pas la léguer, et que tout legs a son principe dans la volonté du testateur (3).

Mais ce sera à l'héritier à prouver que l'intention du défunt n'était pas de léguer la chose qui a été dénommée dans l'acte ; ce qui ne sera pas communément très facile, assurément.

(1) L. 4, ff. *de legatis* 1°.

(2) L. 9, § 1, ff. *de heredib. instit.*

(3) *Voy.* aussi la L. 3, ff. *de rebus dubiis.*

Au reste, dans le cas où le testateur avait deux ou plusieurs choses de la même espèce, comme deux fonds du même nom, deux vases, deux tableaux, et qu'il avait voulu en léguer une particulièrement, sans que l'on pût cependant reconnaître celle qu'il avait eue en vue, on avait admis, dans le droit romain, la validité du legs; mais le choix appartenait à l'héritier (1). Cette décision aussi serait incontestablement suivie chez nous.

349. Il y a fausse démonstration lorsque je lègue par exemple ma maison, en disant qu'elle me vient de la succession de mon père, tandis que je l'ai reçue de Paul, par donation ou par vente. Mais cette fausse indication de l'origine de ma propriété ne vicie nullement le legs, dès qu'il est bien constant d'ailleurs que c'est cette maison que j'ai entendu léguer (2).

350. S'il y avait incertitude parce que j'en possédais plusieurs, dont aucune ne m'était provenue de la succession de mon père, et parce qu'aussi je n'en aurais désigné aucune spécialement, m'étant borné à dire : *je lègue à Philippe la maison que j'ai recueillie dans la succession de mon père*, on pourrait prétendre que le legs est absolument nul, faute d'objet indiqué suffisamment.

Ce cas diffère en effet de celui où ayant deux ou

(1) L. 32, § 1; L. 37, § 1; et L. 39, § 6, ff. *de legatis* 1°.

(2) L. 17, *princip.* ff. *de condit. et demonst.* L. 28, ff. *de Rebus dubiis*.

plusieurs choses d'une même classe, j'en ai légué une, quoique sans l'indiquer assez pour la faire reconnaître; alors le legs est valable, parce que dans ce cas je n'ai exclu aucune des choses comprises dans cette classe; seulement l'héritier a le choix. Au lieu que dans l'espèce en question, j'ai restreint le legs à la maison que j'ai recueillie dans la succession de mon père, par conséquent à un objet qui n'existe pas; j'ai donc exclu du legs toute autre maison qui ne me serait pas provenue de la succession de mon père. Sans cette restriction, qui est bien autre chose qu'une fausse démonstration, le legs eût été valable, comme legs d'une chose léguée *in genere*, mais le choix, de droit commun, aurait appartenu à l'héritier, suivant ce qui a été dit en traitant des legs particuliers.

251. Les mêmes principes sont applicables à la fausse démonstration relative à la personne du légataire : par exemple si le testateur ayant à son service depuis deux ou trois ans seulement le nommé Philippe, lui fait un legs en ces termes : *Je lègue mille francs à mon domestique Philippe, qui est à mon service depuis quinze ans*, ce legs est valable; tandis que s'il avait plusieurs domestiques dont aucun ne serait à son service depuis quinze ans, et qu'il eût fait un legs en ces termes : *Je lègue à celui de mes domestiques qui est à mon service depuis quinze ans*, le legs serait nul.

352. Si Sempronius m'a légué *ce que Titius lui*

doit, et que Sempronius ne lui doive rien, il n'y a pas de legs, faute d'objet. Il en serait de même si le testateur avait dit : « je lègue *les cent que « Titius me doit;* « bien mieux le legs serait également nul, quoique le testateur eût simplement dit : « *je lègue cent que Titius me doit*, car il aurait, par ces mots *que Titius me doit*, restreint l'objet du legs à la chose due par Titius ; or, dès que Titius ne doit rien, il n'y a pas de legs. D'ailleurs il y en a une raison bien simple, que donne Ulpien dans la loi 75 § 2 ff *de legatis* 1°, c'est que si le testateur, en supposant que les cent eussent été dus, en avait exigé le paiement de son vivant, le legs serait également nul, faute d'objet.

Par les mêmes motifs, si je lègue purement et simplement à Titius *ce que je lui dois*, le legs est nul si je ne lui dois rien.

353. Mais si j'ai dit : « je lègue à Titius *cent que « je lui dois,* » le legs est valable, lors même que je ne devrais rien à Titius (1). Dans cette espèce, le legs est seulement fait sous une fausse démonstration, laquelle ne le vicie pas. Je n'ai pu raisonnablement vouloir autre chose si ce n'est léguer cent, et si j'ai ajouté, *que je lui dois*, je n'ai pu vouloir faire de ma dette l'objet du legs, car une dette considérée passivement ne saurait être l'objet d'un legs ; ce n'est qu'autant qu'on la considère activement qu'elle peut en être la matière. Ces

(1) L. 75, § 1, ff, *de legat.* 1°.

expressions ne portent donc point sur la substance même du legs, *legato non cohærent;* leur fausseté n'est seulement qu'une fausse démonstration.

354. Dans le cas où le testateur a légué à Titius *les cent*, ou *cent* que lui doit Seïus, quand bien même Seïus ne devrait que cinquante, le legs serait valable jusqu'à concurrence de cette somme : tout comme lorsque je lègue *dix* qui sont dans mon secrétaire, s'il n'y en a que *cinq* à ma mort, ces cinq sont dus (1). Mais le legs ne comprendrait pas au-delà de cent, lors même que Seïus devrait davantage; à la différence du cas où le testateur aurait légué sa créance, ou, d'une manière indéfinie, *ce que lui devrait Seïus.*

355. Le legs d'une créance oblige seulement l'héritier à livrer les titres qui sont en sa possession au légataire, et celui-ci poursuit le débiteur à ses risques et périls (2); et il ne peut le poursuivre régulièrement qu'après avoir demandé ou obtenu la délivrance, conformément à l'art. 1014. Jusque-là, les intérêts de la dette, si elle en produisait, ne courraient pas à son profit.

La délivrance se fait par la remise du titre, mais la cession vient du défunt; en sorte qu'il n'est dû qu'un seul droit de mutation, celui fixé pour la transmission par voie de legs, quoique l'héritier

(1) L. 108, § 10, ff. *de legat.* 1°.

(2) L. 105, ff. *de legatis* 1°.

eût fait une cession particulière pour faciliter au légataire le recouvrement de la créance. Ce dernier fait connaître son titre au débiteur en lui notifiant copie de la clause du testament qui contient le legs, ou le lui fait accepter. On observe, en un mot, les dispositions contenues aux art. 1689 et suivans.

§ VII.

Du legs fait avec assignat simplement démonstratif, ou avec assignat limitatif.

356. Il y a aussi en droit le legs fait avec *assignat démontratifs* ou bien avec *assignat limitatif.*

Le premier est fait avec désignation de la chose qui doit servir à son acquittement, mais sans cependant que le testateur ait entendu en subordonner nécessairement l'effet à l'existence de cette chose, voulant au contraire seulement indiquer ce qui devait de préférence fournir de quoi à le payer : *undè potiùs solveretur.* Tel est le cas où, créancier d'une rente sur Paul, je lègue à Philippe une somme annuelle de..., *à prendre sur les arrérages que produira ma rente sur Paul* : dans ce cas, quand bien même Paul deviendrait insolvable, la somme ne serait pas moins due à Philipe sur mes autres biens, à moins que de quelque clause particulière du testament il ne résultât que mon intention a été de restreindre l'effet du legs à la seule chose qui m'était due par Paul. Hors de là, on présumerait, au contraire, que j'ai entendu désigner ma rente

sur Paul seulement pour faciliter au légataire le paiement de son legs, comme une sorte de délégation; et il n'y aurait surtout aucun doute s'il était dit : *laquelle somme sera annuellement payée* DE PRÉFÉRENCE *avec les arrérages de ma rente sur Paul.*

357. Notre décision est confirmée de la manière la plus positive par la loi 12 ff., *de alimentis vel cibariis legatis.* Dans l'espèce de cette loi, le testateur, après avoir légué à ses affranchis une certaine quantité de denrées annuellement pour alimens, des vêtemens et une certaine somme annuelle, avait déclaré, par une clause de son testament, qu'il entendait que ses fonds de terre leur fussent à cet effet engagés, comme par une sorte de fidéicommis, et que les légataires pussent prendre ces alimens sur les revenus de l'un et de l'autre de ces mêmes fonds : *Et ità cavit : obligatos eis ob causam fideicommissi fundos meos, illum et illum, ut ex reditu eorum alimenta suprà scripta percipiant.* Interrogé sur la question de savoir si, les revenus du fonds étant insuffisans pour fournir les alimens légués, les héritiers ne devaient pas parfaire ce qui manquerait; ou, si ces revenus donnant un excédant une autre année, cet excédant ne devait pas servir à compléter ce qui avait été déterminé par le testateur, le jurisconsulte décide que les alimens doivent être fournis intégralement, mais rien au-delà, quoique le revenu des fonds excédât la valeur des alimens.

C'est parce qu'en effet, dans la pensée du testa-

teur, ce revenu n'était qu'un assignat démonstratif: les fonds étaient indiqués *tantum undè solverentur alimenta ;* et le testateur, par le gage qu'il avait attribué aux légataires sur ces mêmes fonds, avait voulu, non pas diminuer leur droit, en restreignant éventuellement l'étendue de leur legs, mais au contraire le rendre plus avantageux, en leur procurant le moyen de percevoir les alimens sur les revenus des fonds.

358. Nous trouvons aussi dans les lois 13, ff. *de tritico, vino et oleo legato*, et 17 § 1, ff. *de annuis legatis*, des exemples de legs faits avec assignat démonstratif, mais cependant d'une manière moins large et moins avantageuse pour les légataires, que dans le cas précédent.

On suppose, dans ces lois, un legs annuel d'une certaine quantité d'amphores de vin à provenir *de telle vigne annuellement*, et l'on décide que si la récolte d'une année ne suffit pas pour fournir la quantité fixée, ce qui manquera se prendra sur le produit des années suivantes, s'il peut suffire, ou jusqu'à due concurrence. Ainsi l'héritier n'est pas obligé d'en fournir d'une autre vigne, et sous ce rapport l'assignat est limitatif.

395. Enfin, il est tout-à-fait limitatif dans le cas de la loi 5, ff. *de tritico, vino et oleo leg.*, où il sagit du legs d'une certaine quantité de vin (1) de celui qui

(1) Non pas annuellement, mais une fois payée.

naîtra du fonds Sempronien : *certus numerus amphorarum vini ex eo quod in fundo Semproniano natum esset* (1). S'il en naît moins, l'héritier ne doit que ce que la vigne a produit, parce que les mots *quod natum esset* ont un sens restrictif, *et quasi taxationis vicem obtinere.*

SECTION XI.

Règles d'interprétation des dispositions obscures, ambiguës ou douteuses.

SOMMAIRE.

360. *L'interprétation des dispositions testamentaires douteuses a généralement lieu d'après les règles d'interprétation des contrats ; cependant il est des règles plus spécialement applicables aux testamens.*

361. *On doit particulièrement s'attacher à la volonté du testateur, plutôt que de s'arrêter au sens littéral et usuel des expressions dont il s'est servi.*

362. *Lorsqu'il y a ambiguité, il faut généralement interpréter la clause en faveur de la validité de la disposition.*

363. *Ce qui est ambigu s'interprète d'après les habitudes connues du testateur.*

364. *Les clauses susceptibles de deux sens ne doivent point*

---

(1) *Et quidem certo anno*, comme l'observe très bien Pothier, *ad Pandectas*, tit. *de condit. et demonst.*, n° 231 ; car si c'était indéterminément, ce qui manquerait dans la première année serait complété par les années suivantes, conformément à la loi 83, § 5, ff. *de verb. oblig.*

(1) Au surplus, la loi 120, à ce dernier titre, n'est point contraire à celle que nous expliquons maintenant, comme on pourrait le penser au premier coup d'œil.

s'entendre dans celui qui blesserait les lois, les mœurs, ou qui aurait pour objet un fait impossible; ni dans un sens qui tournerait au renversement de la disposition.

365. *Toutes les clauses d'un même testament, au profit de la même personne, s'interprètent et s'expliquent les unes par les autres.*

366. *Deux clauses d'un même acte testamentaire qui se combattent ouvertement, se neutralisent.*

367. *Les clauses qui ne permettent point de découvrir l'intention du testateur sont réputées non avenues.*

368. *Le doute sur la somme ou la quantité de la chose léguée, s'interprète en faveur du débiteur du legs.*

369. *Règle qui paraît combattre la précédente, et conciliation.*

370. *Les rapports de parenté entre le testateur et le légataire portent aussi à interpréter les clauses douteuses en faveur de ce dernier.*

371. *Du legs fait à un individu, lorsqu'il y en a plusieurs qui portent le même nom.*

372. *Du legs fait à l'enfant qui* naîtra de Marie, *lorsqu'il est né plusieurs enfans : Diverses hypothèses.*

373. *Cas où plusieurs dispositions ont été faites au profit de la même personne, soit par le même acte, soit par des actes divers, de sommes ou quantités de choses de même espèce ou de choses différentes, et lorsque le testateur n'a pas fait connaître clairement s'il entendait faire plusieurs legs, ou seulement répéter le premier qu'il avait fait.*

360. La loi sur les *donations entre-vifs et les testamens* ne renferme aucunes règles d'interprétation des dispositions. douteuses On a pensé que celles que l'on insérerait dans le titre *des contrats et des obligations conventionnelles en général* serviraient aussi à interpréter les clauses obscures des testamens. Cependant il y a plusieurs règles de

droit qui sont encore plus spécialement applicables à ces derniers actes, parce qu'étant l'ouvrage d'un seul, il ne s'agit que de rechercher quelle a pu être sa volonté, de la bien saisir et de la suivre ; tandis que dans les contrats, l'on doit s'attacher en général à la volonté probable de l'une et de l'autre partie, puisqu'ils sont l'ouvrage de l'une et de l'autre.

Nous allons au surplus établir les rapprochemens des diverses règles d'interprétation de l'une et de l'autre espèce d'acte, du moins des plus importantes et les plus fréquemment applicables, en indiquant celles qui doivent être suivies de préférence dans les testamens.

361. 1° Si, dans les conventions elles-mêmes, l'on doit moins s'arrêter au sens littéral des termes qu'à l'intention commune des parties (art. 1156), à plus forte raison dans les testamens faut-il s'attacher plus particulièrement à la volonté du défunt qu'au sens littéral des termes dont il s'est servi ; car les testamens tirent toute leur force de la volonté du testateur seul : *in conditionibus testamentorum, voluntatem potiùs quàm verba considerare oportet.* L. 101 ff., *decondit demonst.*

Il faut surtout prendre les expressions douteuses du testateur dans le sens qu'il a vraisemblablement voulu leur donner, d'après ses habitudes et son éducation : *non enim in causâ testamentorum, ad verborum definitionem utique descendendum est, cùm*

plerùmque abusivè loquantur, nec propriis nominibus et vocabulis utantur. L. 69, § 1, ff. *de legatis* 3°.

Toutefois, il faut appliquer cette règle avec prudence : car généralement les mots sont employés pour leur faire signifier ce qu'ils signifient habituellement, et c'est par cette raison que les lois romaines elles-mêmes disent aussi, même en matière de testament : *non aliter à significatione verborum recedi oportet, quàm cùm manifestum est aliud sensisse testatorem.* L. 69, *princip.*, ff. *de legatis* 3°.

Et *quùm in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quœstio,* L, 25, § 1, ff. *de legatis* 1°.

362. 2° Mais dès qu'il y a ambiguité sur le sens d'une clause, il faut généralement l'interpréter en faveur de la validité de la disposition : *quùm in testamento ambiguè aut etiam perperàm scriptum est, benignè interpretari, et secundùm ib quod credibile est cogitatum, credendum est.* L. 24 (*aliàs* 25), ff. *de rebus dubiis.*

363. 3° Dans les contrats, ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat a été passé (art. 1159); mais dans les legs, l'interprétation se fait d'après les habitudes connues du testateur. L. 44 et L. 78, § *ult.*, ff. *de legat.* 3°, et L. 96, ff. *de regulis juris.*

Et généralement, *in re dubiâ benigniorem interpretationem non minùs justiùs est quàm tutiùs.* L. 192, § 1, ff. *de Reg. jur.*

364. 4° Dans les conventions, on doit entendre une clause qui présente deux sens, plutôt dans celui d'après lequel elle a un effet, que dans celui où elle n'en aurait aucun (art. 1157); et cette règle s'applique également aux legs. L. 109, ff. *de Legatis* 1°.

Cependant, si le sens qu'on attribuerait à la clause blessait les lois ou les bonnes mœurs , ou rendait la chose impossible, il ne faudrait pas balancer à le rejeter.

Il faudrait aussi le repousser s'il tendait au renversement de la disposition elle-même, parce que la loi l'aurait prohibée conçue dans ce sens. Alors il faudrait plutôt l'entendre dans l'autre : *commodissimum est, id accipi, quo res, de quâ agitur, magis valeat, quàm pereat.* L. 12, ff. *de rebus dubiis.*

Et quùm perperàm scriptum est testamento..., benignè interpretari. L. . 24 *eod. tit.* précitée.

Nous avons eu occasion d'appliquer plusieurs fois cette règle à des dispositions qui , entendues dans un sens, auraient présenté une substitution fidéicommissaire prohibée par le Code, et qui, interprétées dans un autre sens, qui se présentait aussi naturellement, étaient très valables (1).

375. 5° Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par les autres, en donnant à cha-

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 43 et suivans.

cune d'elles le sens qui résulte de l'acte entier (art. 1161); pareillement, dans les testamens, il faudrait interpréter et expliquer toutes les dispositions faites au profit de la même personne les unes par les autres, si le sens de quelques-unes d'entr'elles présentait quelque obscurité, doute ou ambiguité.

366. 6° Mais quand deux clauses du même acte se combattent, elles se neutralisent, et elles sont l'une et l'autre sans effet : *ubi pugnantia inter se in testamento juberentur, neutrum ratum est.* L. 188, ff. *regul. juris.*

Cela doit toutefois être entendu du cas où le testateur a clairement voulu que l'une et l'autre disposition eût son effet. Dans le cas contraire, la dernière clause est suivie, comme abrogeant la première : *clari et aperti juris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores.* L. 19, Cod. *de fideicomm.* (1).

A plus forte raison, quand les deux dispositions contradictoires se trouveront dans des testamens divers, devra-t-on s'en tenir à la dernière, comme révoquant la première (2).

367. 7° Dans les conventions, les clauses douteuses s'interprètent en faveur du débiteur (art. 1162);

---

(1) On trouve la même règle appliquée à divers cas, dans la loi 12, § 3, ff. *de legat.* 1°; dans la loi 28, ff. *de adimend. legat.*; et dans les lois 8, § 3, et 10, § 1, ff. *de testam. tutel.*

(2) L. 3, Cod. *de codicill.*

et il en serait de même dans les testamens, à l'égard de clauses tout à fait douteuses ou obscures qui ne permettaient point de découvrir l'intention du testateur : alors il faudrait décider en faveur de celui qui serait tenu d'exécuter la disposition, s'il y en avait une (1); à la différence du cas où le doute ou l'ambiguité qui existerait permettrait néanmoins encore de découvrir l'intention probable du disposant, par le secours de l'interprétation, ainsi que nous l'avons dit tout à l'heure.

368. 8° Dans le doute sur la somme ou la quantité des choses promises, en matière de convention l'on suit toujours le parti le plus favorable au débiteur : *semper in obscuris, quod minimum est sequimur.* L. 9, ff. *de regul. juris.* Et il en est de même dans les legs : l'interprétation doit, en général, être faite en faveur de celui qui doit les acquitter. Voilà pourquoi dans les legs d'une chose indéterminée, ou même de plusieurs choses sous une alternative, le choix, sous le Code civil comme dans les anciens principes, appartient au débiteur du legs, à moins d'une déclaration de volonté contraire de la part du testateur. C'est ce qu'on a vu plus haut.

369. 9° Cette décision que, dans le doute sur la somme ou la chose léguée, il faut, comme dans les contrats, se décider aussi en faveur du débiteur du legs, paraît opposée à cette autre règle du droit

---

(3) L. 27, ff. *de Rebus dubiis.*

romain, dont l'application était si fréquente : *In testamentis pleniùs voluntates testantium interpretandæ sunt.* L. 12, ff. *de regul. juris.*

Mais on concilie ces diverses règles en appliquant cette dernière aux cas où la clause qui offre quelque ambiguité ou quelque obscurité, est la disposition elle-même ; tandis que, lorsque le doute porte seulement sur la somme ou la quantité des choses léguées, en un mot, sur l'objet du legs, on suit l'interprétation la plus favorable à l'héritier, comme étant le débiteur.

370. 10° L'interprétation d'une clause obscure se fait encore plus facilement en faveur du légataire quand celui-ci a bien mérité du testateur, ou qu'il lui était étroitement attaché par les liens du sang, quoique le débiteur du legs fût lui-même attaché au défunt par des liens aussi étroits : *Quod factum est, cùm in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem.* L. 168, § 1, ff. *de reg. juris.*

371. Si un legs est fait à un individu et qu'il y ait plusieurs personnes du même nom, par exemple deux frères, deux cousins germains, et qu'il y ait incertitude absolue sur celui à qui le testateur a voulu léguer, parce qu'il a oublié toute désignation particulière propre à le faire reconnaître, notamment la mention du lieu de la demeure ou du prénom (ou parce que les deux individus portent le même prénom), il faut décider, avec les

lois romaines (1), que le legs est nul, comme fait à personne incertaine. Il n'y aurait pas lieu de dire qu'il doit se partager entre les deux individus, puisque ce serait attribuer une portion de la chose à celui d'entre eux à qui le défunt n'a rien voulu donner. D'ailleurs, pour qu'il y ait lieu à partager, il faut que chacun ait des droits; or, précisément, aucun d'eux ne peut justifier qu'il en a.

Au reste, dans ces cas, l'incertitude pourrait être levée par les circonstances de la cause : par exemple, si l'une des deux personnes était liée au testateur par la parenté ou l'alliance à un degré plus rapproché que l'autre, ou était son ami, son associé, ou lui avait rendu des services, etc., on pourrait naturellement croire que c'est à elle que le défunt a voulu donner. Les tribunaux pèseraient dans leur sagesse les diverses circonstances qui militeraient en faveur de chacun des deux individus qui se disputeraient le legs : ou si l'un d'eux seulement se présentait pour le recueillir, ils apprécieraient ses allégations et celles de l'héritier, rela-

---

(1) La loi 10, ff. *de rebus dubiis,* statue sur ce cas et plusieurs autres analogues, et elle décide que le legs est entièrement nul.

La loi 3, § 7, ff. *de adimend. vel transf. legat,* décide de plus que si des legs ont été faits séparément à deux individus de même nom, et que le testateur ait révoqué l'un des legs sans faire connaître suffisamment lequel il entendait révoquer, aucun d'eux ne l'est avec effet; car l'héritier devient demandeur, en excipant de la révocation sur la demande en délivrance des legs : il doit donc prouver contre celui qui réclame le legs, qu'il a été révoqué. Or, il ne peut pas faire cette preuve.

tivement à l'incertitude prétendue, et dans le cas où cette incertitude existerait réellement; ils prononceraient la nullité du legs.

372. Lorsque je lègue à celui qui n'est point encore né, par exemple, mille francs *à l'enfant qui naîtra de Marie*, et qu'à ma mort Marie a plusieurs enfans, un tel legs ; suivi de cette circonstance, peut donner lieu à difficulté.

Entrons dans quelques développemens.

Ulpien, dans la loi 17, § 1, ff. *de legat.* 1°, suppose qu'un testateur a ainsi légué : *Si qua filia mihi genitur, ei heres meus centum dato*; et il décide que si le testateur a eu plusieurs filles, qui vivent encore à son décès, chacune a droit à cent, à moins qu'il ne soit évident que le testateur n'ait eu la volonté que de faire un seul legs : *Nisi evidens sit contraria sententia testatoris.* Ces mots, *si qua filia*, quoique au singulier, sont pris ici pour *si quacunque filia*, comme si le testateur eût dit : « Mon héritier « donnera cent à chacune des filles que j'aurai ; » et cette interprétation est assez naturelle, puisque c'était un père qui léguait.

Mais si c'eût été un corps certain qu'il eût légué de cette manière, par exemple un fonds, le legs eût été unique. Car si, dans la première espèce, l'on peut raisonnablement dire que le défunt a voulu multiplier les legs, c'est parce que les quantités se multiplient facilement, tandis que les corps certains ne se multiplient pas.

Il ne peut donc y avoir de doute sur ce dernier point, et il n'y en aurait pas non plus dans le cas d'un legs de mille francs, par exemple, *aux* enfans qui naîtront de Marie : dans cette hypothèse, il n'y aurait pareillement qu'un seul legs : ces mots *aux* enfans de Marie indiqueraient que c'est à tous collectivement que le testateur a voulu léguer mille francs, et non à chacun d'eux. La présomption d'une volonté contraire n'aurait d'ailleurs pas la même force que dans le cas de la loi romaine, où c'était un père qui avait légué.

Ainsi, dans cette espèce d'un legs de mille francs *aux enfans qui naîtront de Marie*, les mille francs se partageraient entre tous les enfans qui seraient nés ou conçus depuis le legs, et qui existeraient au moment de la mort du testateur; et la part de ceux qui seraient morts auparavant accroîtrait à celle des autres.

Il y a plus de difficulté dans l'espèce posée d'abord, lorsque le testateur a légué *à l'enfant qui naîtra de Marie*, soit une somme, soit même un corps certain, et qu'il est né plusieurs enfans : quel sera l'effet du legs dans ce cas?

Si le testateur avait dit : « Je lègue telle somme « ou tel fonds *à l'enfant dont Marie est enceinte*, » il n'y aurait de legs fait qu'à l'enfant dont Marie serait enceinte au moment du testament; en sorte qu'il n'est pas douteux, selon nous du moins, que les frères et sœurs qui naîtraient dans la suite n'y auraient aucun droit, quand bien même cet enfant

viendrait à mourir avant le testateur. Dans cette hypothèse, le legs serait caduc. Le testament sans doute n'a effet qu'à la mort du testateur, mais cela ne fait rien quant à la détermination de la personne à qui le legs a été fait : or, cette personne n'était pas indistinctement l'enfant qui naîtrait de Marie, c'était l'enfant dont Marie *était* enceinte au moment où le testateur déclarait sa volonté.

Et si Marie accouchait de deux enfans vivans, le legs se partagerait entre eux, parce que le testateur n'a pas eu de préférence pour l'un d'eux ; à la différence du cas où un legs est fait à un individu et qu'il y en a deux du même nom, sans qu'on puisse distinguer celui à qui le testateur a voulu donner, cas dans lequel le legs est nul *propter incertitudinem*. Au lieu que, dans l'espèce actuelle, le testateur a voulu léguer à ce qui naîtrait de la grossesse de Marie. Et si l'un des deux enfans ne naissait pas viable, il ne serait nullement considéré, l'autre aurait le tout.

Mais lorsque le testateur a légué *à l'enfant qui naîtra de Marie,* et qu'il naît plusieurs enfans successivement avant la mort du testateur, s'élève la double question de savoir si l'objet du legs appartiendra uniquement au premier-né ; et si, dans le cas où il mourrait avant le testateur, le legs resterait à ceux qui sont nés postérieurement.

Il nous semble que le testateur, en disant : *à l'enfant qui naîtra de Marie*, a eu en vue le pré-

mier enfant qui naîtrait de Marie, et qu'il n'en a pas considéré d'autres : en conséquence, cet enfant étant seul légataire, a seul droit au legs, et s'il meurt avant le testateur, le legs est caduc ; car un legs attribué exclusivement à telle personne ne se reporte pas sur une autre, sans une volonté expresse du testateur.

Si on disait que le défunt a eu en vue l'enfant qui existerait au jour de son décès, et non pas uniquement le premier-né depuis le testament, on répondrait qu'il lui était bien facile de prévenir ce doute en léguant *aux enfans qui naîtront de Marie*, au lieu de léguer, comme il l'a fait, *à l'enfant qui naîtra de Marie*. La personne du légataire s'est donc trouvée déterminée dès qu'il a été né un enfant à Marie ; cet enfant, sans doute, n'a pas été saisi du droit, puisque le legs ne s'ouvre qu'à la mort du testateur, mais il a été la personne sur laquelle s'est reposé l'éventualité de ce droit, tout comme si le testateur l'avait plus spécialement désigné.

373. Dans le cas de plusieurs dispositions faites au profit de la même personne par le même acte, ou par des actes divers, et lorsque le testateur ne s'est pas expliqué, il y a doute aussi sur le point de savoir s'il a voulu faire plusieurs legs, ou bien s'il a simplement entendu répéter celui qu'il avait fait d'abord, substituer le dernier au premier, en révoquant celui-ci. Le Code est muet sur ce point, comme

sur tant d'autres de ce genre; mais le droit romain contient plusieurs décisions sur ces différens cas, qui peuvent fréquemment se présenter, et il ne sera pas inutile de les rapporter succinctement; plusieurs d'entr'elles seraient également applicables dans notre législation.

Nous raisonnerons d'abord dans l'hypothèse où c'est par le même acte que le testateur a fait les diverses dispositions au profit de la même personne, en faisant observer qu'il n'y a aucun doute quand ce sont des choses de différentes sortes qui ont été léguées. Alors il est clair qu'elles sont toutes dues; par exemple si je dis : « Je lègue à Paul mon jardin, « et je lègue à Paul mille francs, » ces deux choses sont dues.

Le jurisconsulte Ulpien suppose dans la loi 34, § 1, ff. *de legat.* 1°, qu'une même chose, *idem corpus*, a été léguée plusieurs fois par le même testateur à la même personne, et il décide que la chose ou l'estimation ne lui est due qu'une seule fois : c'est un même legs répété, et voilà tout. Tandis que si c'eût été une même somme ou une même quantité qui eût été ainsi léguée plusieurs fois à la même personne, toujours par le même acte, le légataire, dit Ulpien dans le § 3 de la même loi, pourrait demander autant de fois la somme qu'il y aurait de dispositions, mais à la charge néanmoins de prouver que l'intention du testateur a été de la lui léguer autant de fois. La raison de cette différence est évidente, dit le jurisconsulte : *quod eadem res*

sœpiùs prœstari non potest. eadem summa, volente testatore, multiplicari potest.

Et si la même somme avait été laissée à la charge de plusieurs héritiers divisément, à plus forte raison chacun d'eux devait-il la payer. Le légataire n'avait même rien à prouver, L. 44, § 1, ff. *de legat.* 2°.

Au lieu qu'il en eût été comme dans le cas de la même somme laissée à la charge du même héritier, si les diverses dispositions eussent été mises à la charge de plusieurs héritiers collectivement. (Même loi.)

Quand c'était par des actes séparés que ces mêmes dispositions avait été faites, alors, si c'était un corps certain, le légataire pouvait demander la chose en vertu de l'un des testamens, et l'estimation en vertu de l'autre; § 2 de la loi 34 précitée. Ce qui assurément n'aurait pas lieu chez nous, à moins que le testateur n'eût déclaré sa volonté à cet égard.

Lorsque c'était une même somme ou une même quantité de choses qui avait été léguée par des actes divers, le jurisconsulte Celse décidait, dans la loi 12, ff. *de probationibus*, que toutes les dispositions avaient effet, à moins que l'héritier ne prouvât que le testateur n'avait point entendu multiplier le legs, mais seulement répéter par le dernier acte celui qu'il avait fait par le premier. Ainsi, dans ce cas, la preuve était à la charge de l'héritier; tandis que dans l'hypothèse de la même quantité léguée plusieurs fois par le même acte, elle était à la charge du légataire. On supposait dans

ce dernier cas, que le testateur avait pu répéter la disposition par mégarde.

Mais dans ces sortes de legs de la même somme ou de la même quantité de choses semblables, faits plusieurs fois dans le même acte ou par des actes divers, tout doute se serait évanoui si le testateur eût dit, *ampliùs, plus, etc.*, comme il s'évanouirait également chez nous s'il disait, *encore*, *de plus*, *en outre*, ou s'il se servait d'expressions analogues.

La preuve dans les cas douteux pouvait au surplus se faire par tous les moyens propres à établir qu'elle avait été l'intention du testateur, soit par des lettres ou autres écrits, soit par témoins, qui déclaraient que le défunt leur avait fait connaître sa volonté. Il ne s'agissait point, en effet, des formes du testament lui-même, mais bien seulement de connaître la pensée du disposant.

Chez nous, on admettrait plus difficilement la preuve testimoniale, lorsqu'elle ne serait pas étayée d'un commencement de preuve par écrit; cependant encore les tribunaux pourraient l'accueillir, suivant les circonstances et l'importance de l'objet litigieux; car il ne s'agirait que d'interpréter une volonté douteuse, dans un cas où la loi elle-même n'a établie aucune présomption, soit en faveur de l'héritier, soit en faveur du légataire.

Lorsque les dispositions faites, soit dans le même acte, soit dans des actes divers, étaient de choses différentes, par exemple, l'une d'une somme, l'autre d'une quantité de denrées ou d'un corps cer-

tain, il n'y avait aucun doute qu'elles ne fussent toutes dues, à moins que le testateur n'eût indiqué sa volonté de révoquer la première, pour la remplacer par la seconde; par exemple, en disant que c'était pour tenir lieu de la première (1).

Quand les legs étaient de choses semblables, mais d'une quotité différente, on présumait, sauf preuve contraire de la part du légataire, que le testateur avait voulu substituer le second legs au premier (2), en révoquant celui-ci. L. 18, ff. *de alimentis legat.*

A la vérité, cette loi statue sur un cas où la seconde disposition était plus avantageuse au légataire que la première; mais la raison, en principe, est la même que dans le cas contraire. La loi 9, ff. *de adim. vel transf. legat.*, en fait au surplus une question d'intention. Et il n'y avait plus de doute lorsque le testateur, qui, par un premier testament, avait légué cent à Titius, avait dit dans un second acte qu'il ne lui léguait plus que cinquante : *Titio quinquagenta duntaxat, nec ampliùs heres meus dato.* L. 3, § 10, ff. *adimend. legat.*

En l'absence d'une déclaration de volonté évidente, la question de savoir si, sous le Code civil, la première disposition a été révoquée par la seconde, paraît décidée négativement par l'art. 1036,

---

(1) *Cum res pro re dabatur.* L. 6, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

(2) A moins toutefois que la seconde disposition n'eût été mise à la charge d'une autre personne que celle qui avait été grevée de la première.

suivant lequel les dispositions testamentaires ne sont révoquées par de nouvelles, qu'autant que le testateur a déclaré sa volonté à cet égard, ou qu'il y a incompatibilité ou contrariété entre les unes et les autres; or, l'existence d'un second legs d'une somme de cent francs, par exemple, n'a rien d'incompatible avec un autre legs de deux cents francs ou de cinquante francs fait à la même personne, soit dans le même acte, soit dans un acte postérieur.

On suivrait donc, en général, la plupart des décisions des jurisconsultes romains.

SECTION XII.

Des diverses actions qui peuvent résulter des legs en général.

SOMMAIRE.

374. *L'action que produit contre les héritiers le legs universel lorsqu'il y a des réservataires, et le legs à titre universel même lorsqu'il n'y en a pas, s'appelle* demande en délivrance.

375. *La* pétition d'hérédité *proprement dite complète au légataire universel quand il n'y a pas d'héritiers à réserve.*

376. *Les légataires particuliers ne peuvent exercer la pétition d'hérédité, mais bien une simple demande en délivrance.*

377. *Pour les legs de sommes, les légataires ont l'action personnelle.*

378. *Pour les legs de corps certains, comme un fonds, une maison, ils ont de plus la revendication.*

379. *Ils ont aussi une hypothèque sur les biens de la succession. Texte de l'art.* 1017.

374. Les legs peuvent donner lieu à plusieurs sortes d'actions, suivant les diverses espèces de legs, et même suivant les personnes contre lesquelles elles sont dirigées.

Le legs universel, lorsqu'il y a des héritiers à réserve, et les legs à titre universel même quand il n'y a pas d'héritiers de cette qualité, donnent aux légataires une action appelée par le Code *demande en délivrance* (art. 1004 et 1011); et cette action se confond avec la pétition d'hérédité, puisque par elle on demande la délivrance de partie de l'hérédité, et quelquefois de la totalité.

375. Mais lorsque, dans le cas d'un legs universel, il n'y a pas d'héritiers à réserve, et que l'hérédité

est néanmoins possédée par quelqu'un, l'action est véritablement la pétition d'hérédité, quels que soient les détenteurs, parens ou étrangers, n'importe, puisque le légataire étant saisi dans ce cas (art. 1006), il ne demande pas qu'on lui fasse une délivrance des biens, mais qu'on les lui restitue, tout comme s'il était l'héritier légitime du défunt. Il représente, chez nous, l'héritier institué des romains, et ce dernier avait, comme l'héritier légitime, la pétition d'hérédité contre tous ceux qui possédaient l'hérédité (1).

376. Les légataires particuliers n'ont point l'action en pétition d'hérédité, à moins que le legs lui-même ne fût d'une hérédité échue au défunt, auquel cas le légataire aurait contre les tiers détenteurs de cette hérédité l'action que le défunt avait lui-même. Mais dans les autres cas, le légataire à titre particulier n'a que des actions spéciales, et l'action hypothécaire sur les biens de la succession du testateur.

377. Si le legs est d'une somme ou d'une chose léguée indéterminément, ou s'il consiste dans un fait, le légataire a l'action personnelle contre ceux qui sont personnellement tenus de l'acquitter, et cette action s'exerce sous le nom de *demande en délivrance*.

378. Si le legs est d'un corps certain, comme de

---

(1) L. 3, ff. *de heredit. petit.* Voir au tom. Ier, n° 555 et suivans.

telle maison, de tel fonds de terre de l'hérédité, le légataire a non-seulement l'action personnelle contre ceux qui sont tenus de lui délivrer la chose léguée, mais il a de plus la revendication ; car, par le seul fait du legs, il est devenu propriétaire de l'objet (art. 1014). L'une et l'autre de ces actions, exercées contre les débiteurs du legs, se confondent dans la demande en délivrance, que le légataire particulier est tenu de former d'après l'art. 1014, et dans l'ordre général tracé par l'article 1011. Mais, de plus, la revendication peut être exercée contre les tiers-détenteurs de la chose léguée, soit que le testateur n'en fût pas possesseur au moment de sa mort, soit que ses héritiers l'eussent vendue ou donnée depuis son décès. Le légataire n'est toutefois pas dispensé pour cela de demander la délivrance du legs à ceux qui doivent la lui faire.

379. L'art. 1017 porte que « les héritiers du testateur, ou autres débiteurs d'un legs, sont personnellement tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et portion dont ils profiteront dans « la succession.

« Ils en seront tenus hypothécairement pour le « tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles dont ils seront détenteurs.»

Ainsi, c'est une hypothèque légale, et cependant l'art. 2121 ne parle par de cette hypothèque. Il porte simplement que « les droits des créanciers auxquels « l'hypothèque légale est attribuée, sont :

« Ceux des femmes mariées sur les biens de leur « mari ;

« Ceux des mineurs et interdits sur les biens de « leur tuteur ;

« Ceux de l'État, des communes et des établisse- « mens publics sur les biens des receveurs et ad- « ministrateurs comptables. »

Mais le silence de cet article, quant à l'hypothèque établie de plein droit par l'art. 1017 au profit des légataires, s'explique par les dispositions de l'article 2111, qui leur attribuent un *privilége*, renfermant en lui-même une hypothèque, suivant l'art. 2113.

380. Quant à l'art. 1017, sa première disposition est un principe général, applicable à tous les cas où le testateur n'a pas lui-même réglé la manière dont ses héritiers ou autres successeurs à titre universel seraient tenus du legs ; mais s'il l'a fait, s'il a mis, par exemple, tel legs à la charge seulement de l'un de ses héritiers ou de ses légataires universels ou à titre universel, cet héritier ou ce légataire en sera seul personnellement tenu, s'il accepte la succession. S'il la répudie, la charge passera à ceux qui, par le bénéfice du droit d'accroissement, ou par l'effet d'une substitution vulgaire, profiteraient de la part du renonçant. Et il en serait de même si c'était pour une autre cause qu'il ne vînt pas à la succession. Dans notre droit, ceux qui recueillent les

biens sont en général tenus des legs. Nous reviendrons sur ce point.

381. Mais, lors même que ceux qui sont personnellement tenus d'un legs deviendraient insolvables, les autres ne seraient pas pour cela personnellement obligés envers les légataires (1), pas plus qu'ils ne le seraient s'il s'agissait d'une dette (2). Chacun ne doit que sa part, sauf l'effet de l'action hypothécaire, qui a précisément pour objet de prévenir cet inconvénient.

382. Si un legs particulier était fait par préciput à l'un des héritiers légitimes ou institués, il ne faudrait toujours, pour régler sa part contributoire dans le paiement des autres legs, considérer que la portion héréditaire attribuée par la loi ou par le testateur à cet héritier ; car le legs particulier qu'il a reçu est affranchi, comme les autres legs de cette qualité, de toute contribution aux charges de l'hérédité.

383. Et comme nous l'avons déja dit (3), le legs fait à un héritier légitime serait censé fait par préciput à l'égard des légataires universels ou à titre universel, à qui le rapport n'est pas dû (art. 857). Celui fait à un de ces légataires serait également

(1) L. 33, ff. *de legatis* 2°. Voët, *ad Pandect.*, tit. *de legat.*, n° 41.

(2) *Vide* tom. VII, n° 444.

(3) *Vide* tom. VII, n° 227 et suivant.

censé fait par préciput, non-seulement à l'égard des autres légataires, mais encore à l'égard des héritiers légitimes eux-mêmes, car le rapport n'est dû que par le *cohéritier à son cohéritier (ibid.)*, ce qui s'entend uniquement des héritiers légitimes, et entre eux seulement.

384. Justinien, en abolissant (1) l'envoi en possession qu'obtenaient les légataires, parce qu'il donnait lieu à de fréquentes difficultés, leur avait attribué une hypothèque de plein droit sur les biens de l'hérédité ; mais l'effet de cette hypothèque était, à l'égard de chacun des héritiers ou autres débiteurs de legs ou de fidéicommis, mesurée sur l'étendue de leur obligation personnelle ; tandis que le Code civil l'établit indistinctement pour *le tout* contre les héritiers ou autres débiteurs d'un legs, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. L'hypothèque, dans ce cas, est aussi indivisible dans ses effets, qu'elle l'est dans les cas ordinaires. (Art. 2114.)

Par voie de conséquence, ceux-là mêmes des héritiers ou autres successeurs à titre universel qui seraient affranchis de la charge de contribuer à l'acquittement de tel ou tel legs, parce que le testateur aurait expressément déclaré sa volonté à cet égard, ou aurait simplement mis ce legs nominati-

(1) Par sa Constitution, qui est la loi 1re au Code, *communia de legatis et fideicommissis, et de in rem missione tollendâ.*

vement à la charge d'un autre successeur, ceux-là, disons-nous, pourraient encore être tenus hypothécairement jusqu'à concurrence de la valeur des biens de la succession dont ils seraient détenteurs, sauf leur recours contre les débiteurs du legs.

385. Il y aurait toutefois exception si le testateur les avait affranchis aussi des suites de l'action hypothécaire comme de l'obligation personnelle, ce qu'il a pu faire incontestablement avec effet (1).

Il eût même pu priver le légataire de toute hypothèque sur les biens de sa succession, afin de moins gêner ses héritiers ou autres représentans (2); car certainement celui qui pouvait ne pas donner, a pu ne donner que sous certaines restrictions : *imponere modum liberalitati suæ, unicuique licet.* D'où il suit que le légataire n'aurait pas le privilége de l'art. 2111, dont nous allons parler, et par conséquent il ne pourrait s'inscrire en vertu de cet article.

386. L'hypothèque des légataires est une véritable hypothèque légale, quoique le Code, au titre *des hypothèques*, ne donne, ainsi que nous l'avons dit, cette qualification qu'à celle des femmes sur les biens de leur mari, des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur, et de l'État, des communes et des établissemens publics sur les biens des re-

---

(1) Voët, *ad Pandect. tit. de legatis*, n° 41.

(2) Voët, *ibid.*

ceveurs et administrateurs comptables (art. 2121); mais c'est parce que l'hypothèque des légataires se confond avec le *priviléges* qui leur est attribué par l'art. 2111. Or, d'après cet article, les créanciers et les *légataires* qui demandent (1) la séparation du patrimoine du défunt, conformément à l'art. 878, au titre *des successions*, conservent, à l'égard des créanciers des héritiers ou représentans du défunt, leur privilége sur les immeubles de la succession, par les inscriptions faites sur *chacun* de ces biens, dans les six mois à compter de l'ouverture de la succession.

Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut être établie avec effet sur ces biens par les héritiers ou représentans au préjudice de ces créanciers ou légataires.

387. Et suivant l'article 2113, toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne *cessent* pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui seraient faites dans les formes établies par le Code.

388. Comme nous avons expliqué avec étendue l'effet de ce privilége et de cette hypothèque, en

---

(1) Mais *voy.*, quant à ce que les rédacteurs du Code ont pu vouloir entendre par cette *demande* en séparation de patrimoines, ce que nous avons dit au tom. VII, n° 488.

traitant *de la séparation des patrimoines*, au tome VII, chap. VI, sect. 4, § 2, nous y renvoyons le lecteur, afin d'éviter d'inutiles répétitions.

SECTION XIII.

Des exécuteurs testamentaires.

SOMMAIRE.

389. *Le testateur peut faire choix d'un ou plusieurs exécuteurs testamentaires.*

390. *C'est un mandat qu'il leur confie.*

391. *La personne choisie peut refuser, mais alors le legs qui lui aurait été fait serait caduc, du moins généralement.*

392. *Celui qui a accepté l'exécution ne peut ensuite l'abandonner, si ce n'est pour cause grave survenue depuis.*

393. *Les mineurs et les interdits ne peuvent être choisis pour exécuteurs testamentaires.*

394. *Les femmes mariées peuvent être choisies, mais elles ne peuvent accepter qu'autant qu'elles sont dûment autorisées.*

395. *L'exécuteur testamentaire peut être pris parmi les héritiers, les légataires, et les témoins du testament.*

396. *Le testateur peut lui donner la saisine de son mobilier; s'il ne la lui a pas donnée, il ne peut l'exiger.*

397. *L'héritier peut faire cesser la saisine en payant les legs, ou en remettant à l'exécuteur testamentaire somme suffisante pour les payer.*

398. *De droit commun, la saisine ne dure pas au delà de l'an et jour à partir du décès du testateur.*

399. *Modification lorsque le testament n'a pas été découvert de suite.*

400. *Et quand le testateur a ordonné que cette saisine pourrait durer même au delà de l'année.*

401. *Lorsqu'il y a des héritiers à réserve, le testateur ne peut*

pas toujours, et indistinctement, donner la saisine de tout son mobilier à son exécuteur testamentaire.

402. *Les causes qui font cesser le mandat font aussi cesser la saisine.*

403. *Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ne passent pas à ses héritiers.*

404. *Fonctions des exécuteurs testamentaires ; texte de l'article* 1031.

405. *En général, l'exécuteur testamentaire a le choix des officiers publics pour procéder à l'inventaire et à la vente des meubles.*

406. *Le testateur peut-il dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire du mobilier dont il lui donne la saisine, ainsi que de rendre compte? La question résolue par une distinction.*

407. *Il n'y a plus de doute lorsque le testateur qui ne laisse pas d'héritiers à réserve, a légué en même temps le reliquat, s'il y en a, à l'exécuteur testamentaire. En quels termes ce legs peut être fait.*

408. *La disposition par laquelle le testateur laisse à son exécuteur testamentaire une somme pour en faire l'emploi suivant les instructions particulières qu'il lui a données, dit-il, n'est généralement pas valable. Controversé.*

409. *Cas où la disposition est valable.*

410. *L'exécuteur testamentaire provoque la vente du mobilier pour acquitter les legs ; mais les héritiers doivent être appelés à la vente.*

411. *Ils doivent aussi être appelés à celle des immeubles que l'exécuteur testamentaire aurait été autorisé à vendre par une disposition expresse du testament.*

412. *Le prix des ventes doit, en général, être remis à l'exécuteur testamentaire qui a la saisine, lequel peut aussi recevoir le paiement des créances, des loyers et des arrérages des rentes.*

413. *Il fait emploi des deniers en acquittement des legs; mais il ne paie ces legs qu'avec le consentement de l'héritier, ou en vertu de jugement rendu contre ce dernier.*

414. *Il paie cependant les frais funéraires, de dernière maladie, de scellés et d'inventaire, sans avoir besoin du consentement de l'héritier; mais non généralement les autres dettes.*

415. *Il n'a pas qualité pour intervenir dans les procès nés entre l'héritier et les tiers pour d'autres causes que l'exécution du testament.*

416. *Si la succession est vacante, il fait nommer un curateur.*

417. *L'exécuteur testamentaire peut prendre inscription pour conserver les droits des légataires.*

418. *Il doit rendre son compte à l'expiration de l'année du décès du testateur.*

419. *Quels frais il porte dans son compte.*

420. *Il porte aussi dans son compte les legs et les dettes qu'il a régulièrement acquittés.*

421. *S'il lui a été fait un legs, il le porte aussi dans son compte, au cas où il ne lui a pas été payé.*

422. *A qui le compte est rendu; devant quel tribunal il doit l'être, s'il ne l'est à l'amiable.*

423. *Comment sont tenus les exécuteurs testamentaires, lorsqu'il y en a plusieurs.*

389. Dans la prévoyance que l'exécution de ces volontés sera rendue plus facile en la confiant aux soins d'un ami, le testateur peut se choisir un exécuteur testamentaire; il peut même en choisir plusieurs. (Art. 1025.)

390. C'est un mandat qu'il leur confie, et qui a cela de particulier que, loin de cesser par la mort du mandant, comme dans les cas ordinaires (art. 2003), il ne fait au contraire que commencer à cette époque.

Le testateur le constitue dans l'intérêt des légataires, et même aussi quelquefois dans celui des héritiers légitimes : l'exécuteur testamentaire est en général un médiateur entre les uns et les autres. Sa mission consiste aussi à faire exécuter les volontés du défunt dont personne n'aurait intérêt à poursuivre l'exécution, comme serait l'érection d'un tombeau, des prières, etc. ; et c'est même principalement ce qui a donné lieu à cette institution, dont on trouve des traces dans le droit romain, et qui devint d'un fréquent usage après l'établissement du christianisme.

391. Puisque c'est un mandat, on peut le refuser (art. 1033); mais si un legs a été fait à quelqu'un en considération du choix que le testateur a fait de lui pour veiller à l'exécution de ses volontés, par exemple s'il était dit : « Je lègue à M. un tel... « une somme de..., ou je le prie d'accepter une « somme de..., ou un diamant, *pour les peines et « soins que lui donnera l'exécution de mes volontés,* » le legs serait caduc par le refus du légataire d'accepter l'exécution, comme étant fait sous une condition ou charge qui serait restée inaccomplie.

Toutefois, si le legs était fait à quelqu'un qui ne pourrait être exécuteur testamentaire, comme un mineur, il serait valable, parce que la condition serait réputée non écrite, en vertu de l'art. 900.

Dans le cas d'un legs fait purement et simplement à quelqu'un choisi pour exécuteur testamentaire,

c'est-à-dire sans expression de ce fait comme cause du legs, l'on pensait anciennement que le légataire pouvait refuser l'exécution et demander néanmoins le legs. Ricard (1) le décidait ainsi, quoiqu'il décide d'ailleurs que, dans le cas où le testateur a fait un legs purement et simplement à un individu qu'il a nommé tuteur de ses enfans, le legs n'est pas dû si le légataire refuse la tutelle, quand même il aurait une excuse légitime. Dans le droit romain, le légataire aurait été privé du legs dans l'un et l'autre cas, suivant la règle : *Omnibus qui contrà voluntatem defuncti faciunt, ut indignis auferatur hereditas* (2).

L'opinion de Ricard offre une contradiction de principes d'autant plus frappante, que la charge d'un tuteur étant plus onéreuse que celle d'un exécuteur testamentaire, le légataire est moins reprochable de refuser la première que de refuser la seconde. Aussi sommes-nous portés à penser qu'il devrait être privé du legs s'il la refusait : l'acceptation de cette fonction devra généralement être considérée comme une condition tacite du legs; sauf aux tribunaux à apprécier l'intention du testateur à cet égard, suivant les circonstances et les termes du testament, et à prendre aussi en considération les motifs du refus du légataire, quand d'ailleurs le testateur n'aura pas clairement

---

(1) *Des donations*, part. 3, n° 236.

(2) Paul, *sentent.*, liv. 8, tit. 3.

énoncé qu'il lui faisait le legs en considération de la mission qu'il lui donnait.

362. L'exécuteur testamentaire, même non légataire, ne peut plus abandonner l'exécution quand il a commencé à gérer, à moins que des causes survenues depuis ne le missent dans l'impossibilité de continuer sa gestion, ou de ne la continuer qu'en éprouvant une perte considérable : alors il pourrait renoncer, comme le peut faire un mandataire ordinaire en pareil cas. (Art. 2007.)

363. Il faut être capable d'accepter ce mandat : celui qui ne peut s'obliger ne peut donc être exécuteur testamentaire. (Art. 1028.)

Le mineur, émancipé ou non, ne peut pas l'être, même avec l'autorisation de son tuteur ou de son curateur (art. 1030); tandis que, suivant l'art. 1990, les mineurs émancipés peuvent être choisis pour mandataires, sauf que le mandant n'a d'action contre eux, à raison du mandat, que d'après les règles générales relatives aux obligations des mineurs. Mais c'est précisément parce que l'intérêt des héritiers et des légataires, qui sont étrangers au choix de l'exécuteur testamentaire, et qui ne peuvent le révoquer, pourrait être facilement compromis à cause de cette responsabilité imparfaite du mineur, que la loi n'a pas voulu qu'il pût être choisi pour exécuteur testamentaire ; au lieu que dans le cas d'un mandat ordinaire, tant pis pour le mandant s'il a mal placé sa confiance. Cela s'applique aux

interdits ; ils sont assimilés aux mineurs en tutelle, pour leur personne et leurs biens. (Art. 509.)

394. D'après l'article 1029, la femme mariée ne peut accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari.

Mais si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle peut accepter avec le consentement de son mari, ou à son refus, avec l'autorisation de la justice.

Elle a donc besoin aussi de l'autorisation de son mari quand elle est mariée sans communauté, ou sous le régime dotal, si elle ne se trouve pas séparée judiciairement quant aux biens. On a voulu donner le plus de garanties possibles aux héritiers et aux légataires, qui pourront au moins alors poursuivre le paiement des indemnités qui leur seraient dues, sur les biens aliénables de la femme, sans être obligés d'en réserver la jouissance au mari. (Art. de l'art. 1413.)

Mais faudrait-il conclure de ce que le mari aurait autorisé sa femme à accepter l'exécution, qu'il serait personnellement responsable des obligations de cette dernière ? Je ne le crois pas, même dans le cas où les époux seraient mariés en communauté. L'article 1419 veut bien, dans ce cas, que les engagemens que la femme a contractés avec le consentement de son mari soient aussi les obligations de de ce dernier, sauf son recours contre elle, si, en réalité, l'engagement de la femme a été formé dans son intérêt particulier ; mais c'est qu'on a voulu

par là prévenir des fraudes que le mari aurait pu facilement commettre au préjudice des tiers, en mettant sa femme en avant pour emprunter, acheter ou faire d'autres contrats analogues, dont il aurait retiré ou pu retirer tous les avantages, sans néanmoins se soumettre aux obligations qui devaient en résulter ; or, cela ne peut se supposer dans l'acceptation d'une exécution testamentaire confiée à sa femme par le choix d'un testateur, et qui ne doit jamais lui profiter. Le principe que l'autorisation maritale n'est donnée que pour la validité de l'acte de la femme, et que nous trouvons clairement consacré dans l'art. 1413, quoiqu'on ait cherché à le contester, doit donc prévaloir : seulement, l'exécution des obligations de la femme comme exécutrice testamentaire pourra se poursuivre sur tous ses biens, sans que l'on soit tenu d'en réserver la jouissance au mari, conformément à ce même article pour le cas où elle a accepté une succession immobilière avec son autorisation. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand il n'y a pas communauté entre les époux, puisque l'article 1419, qui peut seul faire quelque doute, statue dans l'hypothèse où les époux sont communs en biens, et cesse par conséquent de pouvoir être invoqué. Au reste, dans tous les cas où le mari aurait entre les mains quelques objets dépendans de la succession du testateur, ou qu'il aurait autorisé sa femme à en disposer ou en aurait disposé lui-même, il pourrait être personnellement poursuivi pour en rendre compte.

395. L'exécuteur testamentaire peut être pris parmi les héritiers légitimes et parmi les légataires; la loi ne le défend pas. Il peut pareillement être choisi parmi les témoins du testament; et quand bien même le testateur lui aurait fait un *présent*, ce ne serait pas une raison suffisante pour infirmer son témoignage et faire annuler l'acte testamentaire; car dès qu'il ne s'agirait que de l'un de ces présens d'usage, d'une valeur proportionnée à la fortune du testateur, il n'y aurait pas lieu de dire que c'est un legs: ce serait simplement une libéralité *onéreuse*, un honoraire, en recompense de services à rendre, l'espèce d'affaire *do ut facias*. Aussi, comme nous l'avons déjà dit, le présent ne serait-il pas dû si l'exécution du testament était refusée.

Il importe toutefois de prévenir toute difficulté à cet égard, et de faire intervenir un autre témoin à la place de l'exécuteur testamentaire à qui le testateur se propose de donner quelque chose pour le récompenser de ses peines et de ses soins.

396. Le testateur peut donner à son exécuteur testamentaire la saisine de tout ou partie de son mobilier. (Art. 1026.)

Anciennement, dans la plupart des coutumes cette saisine était de droit, et dans quelques-unes elle s'étendait même aux immeubles.

Aujourd'hui, si le testateur ne l'a point expressément donnée aux exécuteurs testamentaires, ceux-ci ne peuvent l'exiger. (*Ibid.*)

Elle a pour objet d'assurer le paiement des legs mobiliers et l'exécution des volontés du défunt, en prévenant le détournement des effets qui doivent servir à acquitter ces legs ou à exécuter ces mêmes volontés.

Elle n'est rien autre chose que le droit donné à l'exécuteur testamentaire d'appréhender de lui-même le mobilier compris dans cette saisine; mais ce n'est point une véritable possession, c'est plutôt une sorte de séquestre. L'exécuteur testamentaire possède au nom de l'héritier ou du légataire universel saisi de plein droit.

397. Aussi cet héritier ou ce légataire peut-il faire cesser la saisine en justifiant du paiement des legs mobiliers, ou en offrant de remettre aux exécuteurs testamentaires somme suffisante pour acquitter ces legs. (Art. 1027.) Le but de la saisine est alors rempli.

Il le pourrait également quoique le testateur eût fixé un terme à la durée de la saisine, et que ce terme ne fût pas écoulé. Enfin il le pourrait de même encore que le défunt eût chargé l'exécuteur testamentaire de faire vendre tous ses biens (1). Il n'a ordonné cette vente que pour rendre l'exécution de ses dispositions plus facile, et son but est parfaitement atteint par l'exécution de ces mêmes dispositions.

---

(1) *Sic* jugé, et avec raison, à la Cour de Bruxelles, le 16 mars 1811. Sirey, 1812-2-41.

398. D'après l'art. 1026, la saisie ne peut durer au-delà de l'an et jour à compter du décès du testateur ; et c'était communément cette durée qu'elle avait dans l'ancienne jurisprudence. On n'a pas voulu que la non détention de l'héritier se prolongeât trop ; en sorte que lors même que l'exécution du testament ne serait point achevée, qu'il y aurait encore des legs mobiliers qui pour tel ou tel motif ne seraient point acquittés, l'héritier ou le légataire universel ne serait pas moins en droit, après l'année, d'exiger la restitution des objets compris dans la saisine, sans être obligé pour cela de remettre à l'exécuteur somme suffisante pour accomplir les volontés du défunt, attendu que cette saisine ne subsiste plus.

399. Cependant, si le testament n'avait pas été découvert immédiatement après la mort du testateur, ou s'il s'était élevé des difficultés qui eussent empêché l'exécuteur testamentaire de prendre possession du mobilier, on pense généralement que le délai d'an et jour ne commencerait pas à courir du décès du défunt, mais seulement à compter de la découverte du testament ou de la cessation des difficultés. Cette décision est tout-à-fait raisonnable ; autrement il pourrait arriver que la volonté du testateur à cet égard fût purement illusoire.

400. Quelques personnes pensent même que la durée d'un an et jour à compter du décès du défunt, établie par l'art. 1026, doit s'entendre du cas où le testateur, en accordant la saisine à son exécuteur

testamentaire, ne s'est pas expliqué sur la durée qu'elle aurait, ou bien parce qu'il a seulement fixé ce délai d'une année ; mais que si, dans la prévoyance que l'exécution de ses dispositions pourrait éprouver quelque difficulté et quelques lenteurs, ou quand il fait des legs à terme dont léchéance s'étendra au delà de l'année, il a lui-même fixé une plus longue durée à la saisine, alors sa volonté doit être exécutée, comme n'ayant rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. L'on dit qu'il serait absurde que celui qui pourrait disposer de son mobilier au préjudice de l'héritier ou des légataires, ne pût cependant ordonner que ce même mobilier resterait en dépôt dans les mains de l'exécuteur testamentaire ; que *qui peut le plus, peut le moins*, etc. Nous inclinons d'autant mieux à cette opinion, qu'à tous ces motifs on peut joindre celui tiré de ce que l'héritier peut faire cesser la saisine quand il voudra, en justifiant du paiement des legs mobiliers, ou en offrant somme suffisante à l'exécuteur testamentaire pour les acquitter.

A la vérité, dans les observations du Tribunat, et à la suite desquelles l'art. 1026 a été rédigé tel qu'il est dans le Code, on voit qu'il fut dit par la section chargée de l'examen du projet de loi, « qu'il « fallait exprimer que la saisine, *dans aucun cas*, « ne peut durer au delà de l'an et jour. » Mais premièrement, ces mots, *dans aucun cas*, ne se trouvent pas dans l'article. En second lieu, on convient généralement que, lorsque le testament n'a été décou-

vert que long-temps après le décès, le délai ne commence à courir que du jour de la découverte. Enfin, la section n'a pas eu à s'expliquer sur le cas particulier où le testateur a exprimé sa volonté à cet égard, mais bien sur la durée que la saisine devait avoir de droit commun; or, c'est la durée de l'ancienne jurisprudence de la plupart des parlemens que l'on a voulu adopter, en écartant l'arbitraire que certaines coutumes laissait aux tribunaux, mais voilà tout.

401. Au surplus, lorsqu'il y a des héritiers à réserve, le testateur ne peut pas toujours, et indistinctement, donner la saisine de tout son mobilier à son exécuteur testamentaire; par exemple, si toute sa fortune ou presque toute sa fortune était mobilière, il devrait se borner à donner la saisine de certaine partie de mobilier suffisante pour l'exécution de ses dispositions particulières, et non pas donner sans restriction la saisine de tout son mobilier. Ces héritiers sont eux-mêmes saisis de la succession par la puissance de la loi (art. 724), et le testateur ne peut, même en créant un héritier ou un légataire universel, lui conférer ce droit de saisine à leur préjucice (1). (Art. 1004.) Or, ce qu'il ne pourrait faire relativement à la succession, il ne peut le faire quant au mobilier, lorsque ce mobilier

(1) Ainsi que nous l'avons démontré plus haut, en parlant du legs universel, n° 191.

compose toute ou presque toute la succession elle-même. Le droit des réserves ne peut jamais être compromis, et par le fait il pourrait l'être par la saisine, accordée à l'exécuteur testamentaire, de tout le mobilier, quand ce mobilier doit lui-même fournir la totalité ou une forte partie de ces mêmes réserves.

402. Toutes les causes qui, suivant l'art. 2003, font cesser le mandat *ex personâ mandatarii*, c'est-à-dire la mort naturelle ou civile du mandataire, sa faillite ou sa déconfiture, son interdiction ou sa renonciation (lorsqu'après avoir accepté il peut renoncer), mettrait fin également à la saisine de l'exécuteur testamentaire, en faisant cesser les pouvoirs de celui-ci.

403. En effet, ces mêmes pouvoirs ne passent point à ses héritiers (art. 1032) : ils sont attachés exclusivement à sa personne.

404. Les fonctions des exécuteurs testamentaires sont tracées dans l'art. 1031, ainsi conçu :

« Les exécuteurs testamentaires feront apposer « les scellés, s'il y a des héritiers mineurs, interdits « ou absens (1).

(1) Cependant, l'apposition des scellés, lorsqu'il y a des mineurs, n'est indispensable qu'autant qu'ils ne sont pas pourvus de tuteur, ce qui n'est pas lorsque le père ou la mère existe, puisqu'il est tuteur légal : art. 911 du Code de procédure, qui modifie ou plutôt explique l'art. 819 du Code civil, suivant ce qui a été dit au tom. III, n° 354, et au tom. VII, n° 23 et 133.

« Ils feront faire, en présence de l'héritier pré-
« somptif, ou lui dûment appelé, l'inventaire des
« biens de la succession.

« Ils provoqueront la vente du mobilier, à défaut
« de deniers suffisans pour acquitter les legs.

« Ils veilleront à ce que le testament soit exé-
« cuté, et ils pourront, en cas de contestation sur
« son exécution, intervenir pour en soutenir la
« validité.

« Ils devront, à l'expiration de l'année du décès
« du testateur, rendre compte de leur gestion. »

405. Dans l'ancienne jurisprudence, le choix des officiers publics qui devaient faire l'inventaire, l'estimation et la vente des effets mobiliers, appartenait à l'exécuteur testamentaire (1), qui, ainsi que nous l'avons dit, avait la saisine de droit, si le testateur n'avait pas manifesté une volonté contraire; mais les héritiers qui n'approuvaient pas son choix, pouvaient nommer un second notaire et un second commissaire priseur pour opérer conjointement avec ceux choisis par l'exécuteur testamentaire.

S'il n'y avait pas d'héritiers à réserve, on devrait suivre la même doctrine sous le Code, soit que la saisine eût été accordée ou non à l'exécuteur testamentaire; mais, dans le cas où il y a des héritiers

---

(1) Le nouveau Denizart, v° *exécution testamentaire*, § 5, n° 7 et 10, rapporte deux arrêts qui l'ont ainsi jugé.

de cette classe, nous pensons que le choix des officiers ministériels leur appartient.

406. C'est une question grave, que celle de savoir si le testateur peut dispenser l'exécuteur testamentaire de faire inventaire du mobilier dont il lui donne la saisine, et de rendre compte, ou simplement de faire inventaire. Elle a partagé les esprits dans l'ancienne jurisprudence, et les partage encore sous le Code.

D'abord, on convient généralement qne si l'exécuteur testamentaire était incapable de recevoir du testateur, il ne pourrait être dispensé de faire l'inventaire, ni de rendre compte du mobilier qu'il aurait eu entre mains.

Cette dispense ne peut non plus avoir lieu s'il y a des héritiers à réserve, parce qu'elle mettrait obstacle à ce qu'on pût juger si le mobilier appréhendé par l'exécuteur testamentaire, joint d'ailleurs aux legs que le testateur a pu faire, excède ou non la quotité disponible.

Mais dans les autre cas, on ne voit pas pourquoi le testateur, qui pouvait donner son mobilier à l'exécuteur testamentaire, ne pourrait plus, en lui donnant la saisine de ce mobilier, le dispenser d'en faire inventaire et d'en rendre compte : *Non debet cui plus licet, quod minus est non licere*, L. 21 ff. *de reg. juris.*

C'est d'après ce principe, que la loi dernière au Code, *arbitrium tutelæ,* décide positivement qu'un

testateur, en léguant ses biens à un mineur, peut dispenser le tuteur ou défendre à celui-ci d'en faire inventaire (1), quoique, d'après les lois, les biens des mineurs doivent être inventoriés, à la diligence de leurs tuteurs.

Ricard (2) a embrassé cet avis, et Pothier l'opinion contraire.

Ce dernier jurisconsulte se fonde sur ce que l'exécuteur testamentaire tenant la saisine de la loi, et non du testateur, il ne peut l'avoir que sous la condition imposée par la loi. Mais cette raison, qui n'avait rien de bien concluant même au temps où écrivait Pothier, puisque le testateur aurait bien pu accorder lui-même la saisine par une disposition spéciale; cette raison, disons-nous, est sans force aujourd'hui, que la saisine ne vient que du testateur, et non de la loi. Or, s'il a pu léguer son mobilier à son exécuteur testamentaire, ainsi qu'on le suppose, à plus forte raison, a-t-il pu, en lui en donnant la garde, le dispenser de le faire inventorier, et même d'en rendre compte : qui peut le plus, peut le moins.

On a objecté (3) que cette dispense causerait des embarras, dans le cas où il pourrait y avoir lieu à la réduction proportionnelle des legs, parce que les biens ne suffiraient pas pour les acquitter tous intégralement; mais on a répondu (4) que cet em-

---

(1) *Voy.* au tom. III, n° 538, ce que nous avons dit sur ce point.

(2) *Des Donations*, part. 2, chap. 2, n° 87 et suivans.

(3) M. Grenier.

(4) M. Toullier, qui est de notre avis.

barras ne regarderait que l'exécuteur testamentaire, et que s'il faisait la faute de s'emparer du mobilier sans en faire constater l'état, dans le cas où il serait douteux que les biens fussent suffisans pour acquitter les legs mobiliers intégralement, il pourrait, suivant les circonstances, et s'il y avait soupçon de fraude, s'exposer à voir dire qu'il est censé avoir trouvé dans ce mobilier des valeurs suffisantes pour acquitter tous ces legs.

Quant à l'objection tirée de ce que la loi n'a point fait d'exception à la règle par laquelle elle a soumis les exécuteurs testamentaires à l'obligation de faire inventaire et de rendre compte, on y répond en disant que la loi ne s'est point occupée du cas où ils en seraient dispensés par le testateur; tandis que lorsqu'elle veut que sa disposition soit exécutée nonobstant celle de l'homme, elle a généralement soin de le déclarer positivement. On en citerait une multitude d'exemples.

407. Au surplus, il n'y aurait aucun doute, si le testateur, qui ne laisserait pas d'héritiers à réserve, avait légué à l'exécuteur testamentaire le reliquat de ce qu'il pourrait devoir, ou s'il l'avait dispensé de payer ce reliquat, ou avait défendu à son héritier de l'exiger (1); ce qui serait, dans ces deux derniers cas, un legs implicite aussi bon que le legs formel fait dans le premier.

---

(1) Furgole, *des testamens*, chap. 7, sect. 2, n° 115.

408. Dans l'ancienne jurisprudence, on regardait comme très valable la clause par laquelle le testateur laissait à la disposition de l'exécuteur testamentaire l'emploi des meubles et deniers qui resteraient entre ses mains après le paiement des legs et l'accomplissement des volontés particulières du défunt (1). Il arrive encore quelquefois qu'un testateur ordonne à son exécuteur testamentaire, ou à son héritier, de remettre une somme à une personne désignée, à laquelle il a fait, dit-il, connaitre ses volontés quant à la disposition de cette somme. Quelquefois aussi il charge même son exécuteur testamentaire de faire directement l'emploi qu'il lui a indiqué.

Ces dispositions sont-elles prohibées par le Code?

On peut dire pour la négative, que le testateur a peut-être voulu par là faire une restitution, à laquelle l'obligeaient des devoirs de conscience, et qu'il a voulu soustraire à toute espèce de publicité fâcheuse pour sa mémoire et même quelquefois pour sa famille ; ou bien il a peut-être aussi entendu conférer un bienfait, pour lequel, par des motifs particuliers, et d'ailleurs honnêtes, il a désiré le secret.

Mais on peut dire contre de pareilles dispositions, du moins contre la plupart d'entre elles, qu'elles ont l'inconvénient de faire dépendre l'effet

---

(1) Furgole, *des testamens*, ch. 10, nos 51 et 52 ; le nouveau Denizart vo *exécuteur testamentaire*. Plusieurs arrêts avaient jugé en ce sens.

de la volonté du testateur, de l'arbitraire d'un tiers, contrairement à la nature des legs, qui ne doivent partir que de la volonté du défunt seulement.

Il faut d'ailleurs que les héritiers puissent connaître tout légataire quelconque, afin de pouvoir juger s'il était ou non capable de recevoir du testateur, et afin aussi de pouvoir faire révoquer le legs pour l'une des causes prévues par la loi, s'il y a lieu.

Enfin il serait à craindre que le défunt ne donnât ainsi à des corporations non autorisées par les lois; et aucune corporation, même autorisée, ne peut accepter des legs que d'après une autorisation spéciale du Roi.

La jurisprudence offre sur ce point des monumens pour et contre. Ainsi la Cour d'Aix a jugé que la disposition était nulle, et sa décision a été confirmée par la Cour de cassation, le 12 août 1811 (1); tandis que la Cour de Bordeaux l'a jugée valable, le 19 août 1814 (2). D'autres décisions ont aussi été rendues tantôt dans un sens, tantôt dans l'autre.

Comme c'est un cas qui n'est point décidé par le Code, nous pensons que les tribunaux peuvent et doivent, en vertu de l'article 4, se déterminer d'après les circonstances de la cause, et juger de la validité du legs d'après ces circonstances.

---

(1) Sirey, 11-1-357.

(2) Sirey, 15-2-7.

409. Mais nous regardons comme incontestablement valable le legs fait dans les termes suivans : « Je lègue mille écus aux pauvres les plus nécessi-« teux et les mieux méritans de ma commune. » Quoiqu'il y ait un certain arbitraire dans le choix des plus nécessiteux et des mieux méritans, néanmoins cet arbitraire est celui d'un homme de bien, *boni viri*; et ce n'est que sur *l'exécution* de la disposition, et non sur la disposition elle-même, qu'il tombe. Les personnes peuvent devenir *certaines* par un choix fait avec discernement et équité, et c'est tout ce qu'il faut.

Une ordonnance du Roi, du 11 janvier 1815, insérée au bulletin des lois, à sa date, a autorisé l'acceptation du legs fait par le sieur Berbigniz, d'une somme de 2000 fr. aux pauvres de Saint-Sulpice de Paris, et de sa garde-robe personnelle, *aux personnes qui seront* INDIQUÉES PAR LE CURÉ DE CETTE PAROISSE.

410. L'exécuteur testamentaire provoque la vente du mobilier, à défaut de deniers suffisans pour acquitter les legs et exécuter les volontés particulières du défunt. Mais, lors même qu'il aurait la saisine, il ne serait pas en droit de le faire vendre sans appeler l'héritier, à moins, comme il vient d'être dit, que le testateur ne lui en eût fait le legs de l'une des manières ci-dessus exprimées, ou ne l'eût dispensé d'en rendre compte; en supposant, dans ce

dernier cas, qu'il n'y eût pas d'héritiers à réserve, et dans tous, que l'exécuteur testamentaire fût capable de recevoir de lui.

411. Et quand bien même le testateur l'aurait autorisé à vendre des immeubles pour exécuter ses dispositions, il devrait encore appeler les héritiers à la vente, ainsi que l'a jugé la Cour de Bruxelles, par son arrêt du 2 août 1809 (1). Les héritiers sont propriétaires, et même possesseurs de droit, des biens de la succession; il doivent donc concourir à un acte qui doit les dépouiller de leur droit de propriété.

412. C'est à l'exécuteur testamentaire qui a la saisine du mobilier, que doit être remis le prix de celui qui est vendu. Il peut aussi recevoir le paiement des créances de la succession, et même les capitaux des rentes dont les débiteurs voudraient faire le remboursement, et qui sont aujourd'hui indistinctement choses mobilières (art. 529 et 530). Il peut également, à défaut de deniers ou d'effets suffisans pour acquitter les legs, poursuivre les débiteurs de la succession (2); mais il est plus régulier alors d'appeler l'héritier, pour exercer de concert avec lui les poursuites, et si ce dernier s'y refuse, l'exécuteur testamentaire peut agir seul.

Il peut pareillement recevoir le paiement des

---

(1) Sirey, 1813-2-349.

(2) *Voy.* le nouveau Denizart, v° *exécuteur testamentaire.*

loyers, fermages et arrérages échus depuis la mort du testateur. Ces objets, il est vrai, n'ont point appartenu à ce dernier, mais ce sont des dépendances de choses qui lui ont appartenu, et la saisine a été accordée *cum omni causâ.*

413. Il doit employer les deniers qu'il a reçus au paiement des legs mobiliers, mais il ne doit le faire qu'avec le consentement de l'héritier, ou en vertu de jugement rendu contre celui-ci et passé en force de chose jugée. Il ne lui appartient pas, en effet, de décider de la validité de legs. Ce n'est pas non plus à lui à former demande contre les héritiers pour les faire acquitter; il peut seulement, comme le dit l'art. 1031, *intervenir* dans la contestation pour soutenir l'exécution du testament. Et si des légataires forment contre lui demande en délivrance, sans la former en même temps contre les héritiers, il doit la dénoncer à ces derniers, qui sont les intéressés à discuter si le legs est valable. Quant à lui, il peut se borner à déclarer qu'il s'en rapporte à justice touchant la validité du legs, parce qu'il n'a point de motif de le critiquer.

S'il payait donc des legs sans le consentement de ceux qui en sont tenus, ou sans un jugement, il serait exposé à ne se pas voir passer en compte les sommes employées à payer tel legs qui aurait pu être annulé ou réduit.

414. Il est d'usage toutefois qu'il paie de lui-même les frais funéraires, ceux de dernière maladie, de

scellés et d'inventaire, qui sont privilégiés, et sans l'acquit desquels le paiement des legs serait entravé. Quant aux dettes ordinaires, il ne doit les payer que du consentement des héritiers, ou en vertu de jugement rendu contre eux, lors même que le défunt l'aurait autorisé à les payer.

415. Il n'a pas qualité, par conséquent, pour intervenir dans les contestations élevées entre les créanciers et les héritiers, ni pour être admis aux transactions qu'ils consentiraient; mais il est de son devoir de prévenir les légataires, s'il s'aperçoit que les héritiers laissent rendre des jugemens par collusion, ou font des traités préjudiciables aux droits des premiers, et il peut intervenir dans les causes relatives aux dispositions du testament.

En un mot, il doit apporter tous les soins d'un bon père de famille à l'exécution des volontés du défunt, mais sans outre-passer ses pouvoirs.

416. Si la succession est vacante, il fait nommer un curateur par le tribunal du lieu où elle s'est ouverte (art. 811 et 812).

417. On pense assez communément que l'exécuteur testamentaire peut, pour assurer davantage le paiement des legs, prendre inscription dans l'intérêt des légataires sur les immeubles de la succession, conformément à l'art. 2111; et cela, soit qu'il n'ait pas la saisine, soit qu'il l'ait, parce que des legs mobiliers ne seraient payables qu'après qu'elle aurait cessé, soit enfin en cas d'insuffisance du mobilier

pour les acquitter : ce n'est là en effet qu'un acte conservatoire des dispositions du testament.

418. L'exécuteur testamentaire doit rendre son compte à l'expiration de l'année du décès du testateur, à moins, ainsi qu'il a été dit plus haut, que ce dernier, dans la prévoyance que ses dispositions ne pourraient que difficilement être exécutées dans l'année, n'ait prolongé la durée de la saisine, auquel cas le compte doit être rendu à l'époque où elle a dû cesser. Et si, dans cette hypothèse, les héritiers l'avaient fait cesser, comme ils en avaient le droit, et que ce fût après l'année depuis le décès, le compte devrait être rendu de suite ; si c'était dans le courant de l'année, le compte du mobilier compris dans la saisine devrait aussi être rendu aussitôt. C'est par cette reddition de compte que cesse l'effet de la saisine ; or, les héritiers avaient toujours le droit de la faire cesser.

419. Les frais faits par l'exécuteur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, sont à la charge de la succession (art. 1034).

Les frais des contestations mal fondées, que, sous prétexte de veiller à l'exécution du testament, l'exécuteur testamentaire aurait élevées contre les héritiers, ou contre des tiers, devraient rester à sa charge personnelle ; et il conviendrait, pour éviter toute difficulté à cet égard, que le tribunal les mît à sa

charge par une disposition spéciale du jugement, conformément à l'article 132 du Code de procédure.

420. Il porte aussi dans son compte les legs qu'il a régulièrement payés, ainsi que les dettes qu'il se trouverait avoir acquittées; en un mot, tout ce qu'il a légitimement dépensé.

421. S'il lui a été fait un legs ou un présent, suivant l'usage, il le fait entrer au chapitre de sa dépense, s'il n'en a déjà été payé; mais il ne peut rien pretendre pour honoraires, quand même le défunt ne lui aurait rien donné.

422. Le compte est rendu, suivant les différens cas, ou aux héritiers légitimes, ou aux légataires universels ou à titre universel, et quelquefois aux uns et aux autres conjointement, ou au curateur à la succession vacante, s'il en a été nommé un. L'exécuteur testamentaire peut se faire assister, dans la reddition du compte, d'un notaire ou d'un avoué, aux frais de la succession.

On a prétendu que, lorsque le compte de l'exécuteur testamentaire n'est pas rendu à l'amiable, il doit l'être devant le tribunal de l'ouverture de la succession, parce que c'est là que, d'après l'art. 57 du Code de procédure, doivent être portées toutes les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort; mais la reddition du compte n'est qu'indirectement relative à cette exécution, qui est déjà opérée. Il est plus conforme aux principes, selon nous, de décider qu'elle doit avoir lieu devant le tri-

bunal du domicile de l'exécuteur testamentaire, conformément à l'art. 527 du même Code, qui porte que « les comptables commis par justice seront « poursuivis devant les juges qui les auront commis ; « les tuteurs devant les juges du lieu où la tutelle « a été déférée ; *tous autres comptables*, devant les « juges de leur domicile. »

423. S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires, qui aient accepté, un seul peut agir au défaut des autres, et ils sont solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée. (Art. 1033.)

Si donc tous n'ont pas accepté, et que le testateur n'ait pas divisé leurs fonctions, aucun ne peut agir : car le testateur n'a peut-être placé sa confiance dans chacun d'eux qu'en considération des autres, et les légataires n'ont plus les mêmes garanties lorsque tous n'acceptent pas. L'article 1858 fournit aussi un puissant argument pour le décider ainsi. Il en serait autrement si le testateur avait divisé les fonctions : alors chacun deux, comme chargé d'un mandat spécial, pourrait agir dans le cercle qui lui aurait été tracé, nonobstant le refus de tel ou tel autre d'accepter.

A la différence des mandataires ordinaires, qui ne sont tenus avec solidarité de l'inexécution du mandat confié à plusieurs, que lorsqu'il y a eu convention à cet égard (art. 1995), les exécuteurs

testamentaires sont solidairement responsables du mobilier qui leur a été confié, à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions et que chacun d'eux ne se soit renfermé dans celle qui lui avait été attribuée. On a voulu donner le plus de garanties possibles aux héritiers et aux légataires, qui ne choisissent point les exécuteurs testamentaires, et qui ne peuvent les révoquer.

Mais il faut bien remarquer que la solidarité n'est établie que relativement au compte du mobilier, et entre ceux-là seulement à qui il a été confié ; en sorte que, si la saisine n'a pas été accordée, il n'y a plus de solidarité; et dans le cas même où elle a été accordée à tous, la solidarité n'existerait pas pour d'autres causes que le compte de ce mobilier : chacun répondrait de ses actes de mauvaise gestion. La solidarité ne s'étend pas d'un objet à un autre par voie d'analogie (Art. 1202); or, l'art. 1033 ne l'établit que pour le compte du mobilier confié aux exécuteurs testamentaires; il n'en parle pas quant aux dommages-intérêts dont ils pourraient être responsables pour d'autres objets.

Enfin, quand le testateur en confiant son mobilier à tous ses exécuteurs testamentaires, ou à plusieurs d'entre eux, a divisé leurs fonctions, celui qui s'est ingéré dans celle des autres est bien tenu *in solidum* pour ses faits; mais ceux qui se sont renfermés dans leurs fonctions ne sont passibles d'aucune condamnation à cet égard. C'est ainsi que l'article 1034 doit être entendu dans sa disposition finale.

SECTION XIV.

De la révocation des dispositions testamentaires ; de leur nullité et caducité, et du droit d'accroissement entre les colégataires.

SOMMAIRE.

424. *Le testament est toujours révocable.*
425. *Il l'est, nonobstant toute déclaration à ce contraire ; les* clauses dérogatoires *sont sans effet.*
426. *Division de la section.*

§ Ier.

De la révocation des dispositions testamentaires.

427. *Les dispositions testamentaires peuvent être révoquées expressément ou tacitement.*
428. *Texte des art.* 1035 *et* 1036.
429. *Rédaction de l'art.* 1035 *dans le projet de loi.*
430. *Discussions auxquelles a donné lieu cet article, et questions graves que sa rédaction définitive a fait naître.*
431. *Un acte écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, peut révoquer les précédens testamens, quoiqu'il ne contienne aucune disposition de biens explicite; mais controversé : Arrêts à l'appui de la décision.*
432. *Un acte public nul comme testament révoque-t-il les dispositions antérieures?*
433. *Analyse du droit romain à ce sujet, et distinction entre les institutions d'héritier et les legs.*
434. *Ce droit était suivi à cet égard dans nos provinces méridionales.*
435. *Les mêmes règles n'étaient pas en tout point adoptées dans les pays de coutume.*
436. *L'acte nul comme testament et qui ne contient pas de révo-*

449. *Les dispositions testamentaires quelconques sont révoquées par une donation universelle faite par contrat de mariage, quoique postérieurement.*

450. *La révocation faite dans un testament postérieur a tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier qui y est institué ou du légataire, ou par son refus de recueillir.*

451. *Mais non, en thèse générale, si c'est par suite de l'inaccomplissement de la condition mise à la seconde disposition. Droit romain conforme à cette décision dans le cas de legs.*

452. *Substitution d'une disposition conditionnelle à une pure et simple faite au profit de la même personne, et* vice versâ.

453. *Translation du legs mis à la charge de tel héritier, en le mettant ensuite à la charge d'un autre héritier.*

454. *La translation des legs, et par suite leur révocation, peut avoir lieu de cinq manières.*

455. *Il y a révocation tacite d'une disposition faite uniquement en considération d'une autre, par la révocation de celle-ci.*

456. *La révocation d'un legs profite à ceux qui auraient été tenus de l'acquitter.*

457. *L'abandon ou répudiation du testament par les légataires universels ou à titre universel, ne fait pas évanouir, dans notre droit, les autres dispositions testamentaires.*

458. *Toute aliénation de la chose léguée faite par le testateur emporte révocation pour ce qui a été aliéné.*

459. *Il n'y a plus à distinguer aujourd'hui si l'aliénation a été ou non forcée.* Quid *d'une vente conditionnelle, si la condition ne s'est pas accomplie?*

460. *Il y a révocation aussi quoique l'aliénation n'eût eu lieu que par suite d'une délibération de famille, pour payer les dettes du testateur, dans le cas où il a été interdit depuis le testament.*

461. *La donation de l'objet légué faite au profit du légataire, n'opère point révocation du legs quand elle ne produit pas son effet.*

462. *La réception, par le testateur, du montant d'une créance léguée, emporte révocation du legs.*

463. Quid *lorsqu'un legs est fait sous la condition de compter une somme à un tiers, et que le testateur la compte lui-même?*

464. *Cas de révocation par suite du changement de forme que le testateur a fait subir à la chose léguée.*

465. *Si le testateur a simplement imposé des charges à la chose léguée, le légataire ne peut la demander que dans l'état où elle se trouve à la mort du disposant.*

466. *Silence du Code sur les faits de lacération du testament olographe ou mystique, par le testateur, de la radiation des clauses, etc.; ces faits n'opèrent pas moins révocation.*

467. *Il n'y a toutefois que les clauses biffées qui soient révoquées.*

468. *Quand le testament olographe a été fait en plusieurs exemplaires, la destruction de l'un par le testateur n'est pas une preuve qu'il a voulu révoquer ses dispositions.*

469. *La destruction de l'expédition du testament authentique par le testateur n'est pas non plus une preuve suffisante de son intention de révoquer.*

470. *La rupture de l'enveloppe du testament olographe, par le testateur, ne révoque pas les dispositions, si le testament est écrit en entier, daté et signé par lui, et qu'il ait été conservé. Ce testament peut être remis au testateur, à la différence de celui qui est reçu par acte public.*

471. *S'il est arrivé quelque accident au testament, mais qu'on puisse encore découvrir les volontés du testateur, elles n'en sont pas moins exécutées.*

472. *Destruction ou perte du testament par le fait des héritiers ou par le fait d'un tiers. Renvoi.*

473. *La survenance d'un enfant au testateur qui n'en avait même point au moment du testament, ne le révoque pas dans notre droit. Droit romain différent du nôtre sur ce point.*

474. Quid *si le testateur n'a pas connu la naissance ou la gros-*

sesse? Arrêts. Il n'y a même pas révocation dans ce cas. Controversé.

475. *Causes de révocation par suite du fait du légataire. Texte des art.* 1046 *et* 1047.

476. *Si le testateur a pardonné l'offense que lui avait faite le légataire, la révocation n'a pas lieu.*

477. *Le pardon de l'offense pourrait s'induire d'un certain temps écoulé durant la vie du testateur; quel serait ce temps.*

478. *Si les débiteurs du legs l'avaient acquitté en connaissance du fait, ils ne pourraient répéter.*

479. *Quelle est la durée de la demande en révocation.*

480. *Suite et distinctions.*

481. *La révocation peut-elle être invoquée par voie d'exception contre le légataire pendant tout le temps que dure son action pour réclamer le legs?*

482. *A qui appartient le bénéfice de la révocation.*

§ II.

De la nullité et de la caducité des dispositions testamentaires.

483. *Les dispositions testamentaires peuvent manquer de sortir leur effet par d'autres causes encore que la révocation.*

484. *Ainsi les legs sont nuls par la nullité de l'acte testamentaire;*

485. *Par l'incapacité du testateur.*

486. *Le legs est caduc par le prédécès du légataire, et c'est à ceux qui en réclament la délivrance du chef de celui-ci, à prouver qu'il a survécu au testateur.*

487. *Le legs est caduc aussi quand le légataire ne vivait plus au moment de l'accomplissement de la condition qui y avait été mise;*

488. *Et lorsque la condition vient à défaillir.*

489. *Il est pareillement caduc lorsque le légataire se trouve incapable de le recueillir;*

490. *Ou qu'il le refuse.*

491. *Le legs peut aussi demeurer sans effet en tout ou partie par suite de la réduction pour fournir les réserves.*

492. *Enfin il est caduc par la perte de la chose arrivée du vivant du testateur, ou même depuis sa mort, quand l'héritier n'est point en faute ni en demeure.*

493. *Divers exemples.*

494. *Application du principe que le legs est éteint par la perte de la chose léguée. Divers cas.*

495. *En général, la caducité du legs, comme sa révocation, profite à celui qui en était grevé.*

§ III.

Du droit d'accroissement entre les légataires et les donataires.

496. *Dans le cas de substitution vulgaire, le legs n'est caduc qu'autant qu'il manque son effet aussi bien par rapport au substitué que par rapport au legataire.*

497. *Lorsque le legs est fait au profit de plusieurs conjointement, et que l'un d'eux ne recueille pas, les autres ont le total de la chose par droit d'accroissement.*

498. *Le droit d'accroissement est fondé sur la présomption de volonté du défunt.*

499. *La part du légataire qui a recueilli ne peut plus accroître à celle des autres, quoique le légataire fût mort avant le partage de la chose, et même avant toute demande en délivrance.*

500. *Texte des art.* 1044 *et* 1045 *sur cette matière.*

501. *Conditions requises pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement en vertu du premier de ces articles.*

502. *Qu'entend-on, dans cet article, par ces mots :* Lorsqu'il n'aura pas assigné la part de chacun des colégataires dans la chose léguée?

503. *Suite, et ancienne jurisprudence sur le droit d'accroissement entre les légataires.*

504. *Dans le cas où les légataires auraient été nommés collecti-*

vement, le droit d'accroissement, si l'un ou plusieurs d'entr'eux venaient à manquer, aurait lieu sans difficulté.

505. *Dans le cas même où ils ont été nommés individuellement, avec mention de parts, il faut encore distinguer si cette mention porte sur la disposition elle-même, ou si elle ne porte simplement que sur le partage.*

506. *Exemple du premier cas.*

507. *Exemple du second.*

508. *L'art. 1045 présente de graves difficultés, en en rapprochant la disposition de celles de l'ancien droit.*

509. *Suite.*

510. *Sa rédaction est loin d'être heureuse. Cet article interprété par un jurisconsulte d'une manière bien plus conforme aux principes; mais le texte résiste à cette interprétation.*

511. *Cas où il y a tout à la fois conjonction et substitution vulgaire.*

512. *Si l'un des légataires est institué purement, et l'autre sous condition, et que le premier vienne à mourir après avoir recueilli, il a transmis son droit avec le bénéfice de l'accroissement pour le cas où la condition imposée au colégataire viendrait à manquer.*

513. *Le droit d'accroissement a lieu aussi en matière d'institution contractuelle faite au profit de deux époux conjointement, lorsque le prédécédé ne laisse pas de descendans du mariage.*

514. *Il peut avoir lieu aussi en matière de donation entre-vifs, mais rarement.*

515. *Comment se combine le droit d'accroissement dans le cas de plusieurs dispositions.*

516. *Comment sont supportées les charges imposées à ceux dont la part a accru à celles des autres.*

517. *Théorie des lois romaines sur ce point. Opinion de Ricard réfutée.*

424. D'après la définition que la loi nous donne

du testament, le testateur peut toujours le révoquer (art. 894) : *Voluntas hominis est ambulatoria usquè ad extremum spiritum.* Le testament est le produit d'une seule volonté, cette même volonté peut donc le détruire.

425. Aussi le testateur peut-il anéantir ses dispositions, nonobstant toute déclaration ou renonciation contraire, faite soit dans le même acte, soit dans un acte différent. L'ordonnance de 1735 avait déjà consacré ces principes, en abolissant formellement, par son art. 76, l'usage des clauses dites *dérogatoires*, telle que celle-ci : « Tout testament que « je ferai par la suite, et qui ne commencera pas « (ou ne terminera pas) par ces mots : *Au nom « du Père et du Fils, etc.*, sera nul et de nul effet, « et ne révoquera pas mes précédens testamens. « Les testateurs cherchaient dans ces clauses un refuge contre la séduction et l'obsession des proches, en paraissant céder à leur désir. Le testament qui leur était arraché, et qui ne se trouvait pas renfermer la clause secrète du précédent, prouvait par lui-même jusqu'à un certain point qu'il n'était pas l'expression d'une volonté parfaitement libre. Mais d'un autre côté, l'absence, dans le second testament, des expressions renfermées dans le premier, pouvait bien être le résultat d'un oubli; en sorte que ces clauses avaient paru dangereuses. Elles pouvaient, de fait, altérer le droit de révocation, et on a cru devoir les rejeter formellement,

« Les clauses dérogatoires, disait Ricard (1). « n'ont aucun effet dans le droit; elles sont absolu- « ment rejetées, et la dérogation tacite est suffi- « sante par le témoignage du changement de vo- « lonté qui paraît par le second testament. Elles « servent, il est vrai, de protestation dans le fait « contre la force et les séductions; mais les ques- « tions sur ces clauses sont purement de fait et ren- « fermées dans leurs circonstances, et uniquement « pour faire juger de la suggestion articulée contre « le testament, soit en faveur des enfans ou des « étrangers. »

Au temps où écrivait Ricard, elles avaient déjà donné lieu à beaucoup de difficultés et de procès, et souvent elles n'étaient elles-mêmes qu'une précaution prise par la ruse de ceux qui avaient suggéré le testament qui les contenait.

426. Nous traiterons dans un premier paragraphe de la révocation des dispositions testamentaires;

Dans un second, de leur nullité et caducité;

Et dans un troisième, du droit d'accroissement entre les colégataires et donataires.

---

(1) *Des Donations*, part. 3, n° 77 et suivans.

§ Ier.

De la révocation des dispositions testamentaires.

427. Les dispositions testamentaires peuvent être révoquées expressément ou tacitement.

Il y a révocation expresse lorsque le testateur déclare son changement de volonté dans un nouveau testament ou dans un acte passé devant notaires.

Il y a révocation tacite lorsque de nouvelles dispositions, sans révoquer expressément les précédentes, sont néanmoins incompatibles avec elles, ou leur sont contraires ; ou bien encore lorsqu'il résulte de certains faits, généralement désignés par la loi, que le testateur n'a point persévéré dans sa volonté de maintenir ses dispositions premières.

428. Ainsi, suivant l'art. 1035, « les testamens « ne peuvent être révoqués, en tout ou partie, « que par un testament postérieur, ou par un acte « devant notaires portant déclaration du change- « ment de volonté. »

Et d'après l'art. 1036, « les testamens postérieurs « qui ne révoqueront pas d'une manière expresse « les précédens, n'annuleront dans ceux-ci que « celles des dispositions y contenues qui se trouve- « ront incompatibles avec les nouvelles, ou qui y « seront contraires. »

429. Les commissaires chargés de la rédaction

du projet du Code avaient cru devoir appliquer aux dispositions testamentaires indistinctement, la règle que les choses doivent être détruites de la manière dont elles ont été formées : *Nihil tam naturale est, quàm eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est* (1). L'article du projet portait : « Les donations « testamentaires ne peuvent être révoquées, en « tout ou partie, que par une déclaration du chan- « gement de volonté, faite dans l'une des formes « dans lesquelles peuvent être faites les donations « à cause de mort. »

On n'avait toutefois pas voulu par là appliquer la règle précitée dans toute sa rigueur, et décider, en conséquence que chaque testament ne pourrait être révoqué que par un testament en la même forme ; ce qui eût été absurde au dernier point, puisqu'il en serait résulté qu'un testament même par acte public n'eût pu révoquer un testament olographe : en sorte que si le testateur eût perdu la faculté d'ecrire, il se fût trouvé dans l'impossibilité de révoquer ses dispositions. On avait voulu un testament, il est vrai, mais un testament quelconque.

430. Dans la séance du Conseil-d'Etat du 27 ventôse an XI, M. Tronchet observa qu'une déclaration devant notaires devait suffire, et M. Treilhard fit remarquer que « l'article du projet n'exige même « pas tant de solennités, puisqu'il permet de consi- « gner la révocation dans un testament olographe. »

(1) L. 35, ff. *de reg. juris.*

M. Cambacérès dit toutefois qu'il importait de prévenir la supposition des actes de révocation. L'article fut au surplus adopté avec l'amendement, ou plutôt avec l'addition proposée par M. Tronchet.

Le point essentiel, relativement aux questions que nous allons agiter, est de bien se fixer sur l'esprit dans lequel cette addition a été adoptée; et comme, à cet égard, quelques commentateurs du Code, qui ont analysé l'historique de cet art. 1035. en ont déduit des conséquences plus ou moins inexactes, il est utile d'exposer entièrement ce qui s'est passé dans la préparation de cette importante disposition, dont l'interprétation a donné lieu à tant de difficultés et de procès.

Lorsque l'on eut épuisé la discussion des articles de cette section du Code, M. Berlier observa que, dans aucun de ces articles, on ne trouvait de disposition sur un cas qui semblait cependant devoir être prévu : « Si un premier testament, dit-il, est « révoqué par un acte postérieur, mais que cet acte « soit nul, que deviendra le premier testament?

« Cette question, ajoute l'orateur, était fort con« troversée dans l'ancien droit; les uns soutenaient « que, quoique le second testament ou l'acte révo« catoire fût nul, il indiquait néanmoins un chan« gement de volonté, et qu'alors il fallait regarder « la succession comme ouverte *ab intestat.* D'autres, « se fondant sur la maxime que ce qui est nul ne « produit aucun effet, soutenaient que le premier « testament subsistait dans toute sa force. »

M. Berlier déclara au surplus qu'il tenait pour le premier avis, mais qu'il importait, quelle que fût l'opinion du Conseil sur ce point, de ne pas laisser cette question indécise.

M. Tronchet dit alors que le second acte, quoique nul, annonce néanmoins de la part du testateur un changement de volonté, dont l'effet est d'anéantir le testament.

Le Conseil-d'État adopta l'observation de M. Tronchet, et décida qu'elle serait convertie en disposition.

Donc, peut-on dire, dans la pensée du Conseil-d'État, la question ne se trouvait pas décidée par l'art. 935, même avec l'addition proposée d'abord par M. Tronchet. Or, cette observation qui devait être convertie en disposition législative, ne l'a point été.

Dans la séance suivante (celle du 3 germinal), M. Bigot-Préameneu présenta une nouvelle rédaction de la loi, faite, dit-il, *d'après les amendemens adoptés dans les séances des ..... et 27 ventôse.* Suivant cette rédaction, l'art. 146 de la loi, représenté par l'art. 935 du Code, était ainsi conçu : « Les testamens ne pourront être révoqués en tout « ou en partie que par un acte authentique por- « tant déclaration du changement de volonté. »

Mais dans les conférences qui eurent lieu avec le Tribunat, on changea cette rédaction incomplète, qui n'admettait même pas la révocation par *testament olographe*, et l'on y substitua enfin celle que nous trouvons dans le Code, art. 1035 ; « Les tes-

« tamens ne pourront être révoqués, en tout ou
« partie, que par un *testament postérieur*, ou par
« un acte devant notaires portant déclaration du
« changement de volonté. »

Et si l'on a remplacé les mots *acte authentique*, mis dans la rédaction de M. Bigot-Prameneu, par ceux-ci, *acte devant notaires*, c'est parce qu'on a voulu prévenir tout doute sur le point de savoir si un acte reçu par un autre officier public qu'un notaire, remplirait le vœu de la loi.

On voit par tout ce qui précède, que rien n'a été décidé *par le texte du Code*, sur les points suivans :

1° Si un acte écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, mais ne contenant aucune disposition de biens quelconque, peut révoquer un testament, lorsque le testateur a déclaré expressément sa volonté à cet égard ?

2° Et si un acte public, nul comme testament, vaut du moins comme acte de révocation ?

S'il est besoin, pour le décider ainsi, de distinguer si cet acte renferme ou non une révocation expresse ; s'il est ou non valable comme acte notarié, et enfin si la solution doit être différente selon que c'est ou non la même personne qui est instituée dans le dernier acte ?

431. Sur la première question, les auteurs qui ont écrit sur le Code civil sont divisés d'opinion. Les uns soutiennent qu'un acte écrit en entier, daté

et signé de la main du testateur, peut opérer valablement révocation des dispositions antérieures; et la Cour de Paris, par son arrêt du 5 juillet 1813, contre lequel on s'est vainement pourvu en cassation (1), a jugé en ce sens. D'autres pensent, au contraire, qu'il n'y a pas révocation dans ce cas.

On dit, dans ce dernier système, que, suivant l'article 1035, les testamens ne peuvent être révoqués en tout ou partie que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté. Or, il ne suffit pas, pour qu'il y ait testament, qu'un acte soit écrit en entier, daté et signé de la même main; il faut aussi qu'il renferme une disposition de biens, puisque le testament, d'après l'article 895, est l'acte par lequel le testateur *dispose*, pour le temps où il ne sera plus, *de tout ou partie de ses biens :* donc l'acte qui ne contient aucune disposition n'est point un testament; il en a seulement la *forme*, s'il est écrit en entier, daté et signé de la même main, mais il n'en a pas la *nature*, et les actes s'apprécient plutôt par leur nature, par le fonds de leurs dispositions, que par des formes, qui sont même souvent celles exigées pour d'autres actes.

Mais on a répondu que le testateur, par cela seul qu'il révoque ses dispositions, en fait en quelque sorte au profit de ses héritiers *ab intestat*, puisqu'il leur fait revenir par là les biens dont il

(1) *Voy.* l'arrêt de rejet du 17 mai 1814, dans Sirey, 1815-1-17.

avait d'abord voulu les priver : *Is dat qui non adimit*, disent les lois romaines; *his (succedentibus ab intestatò) creditur pater-familiâs sponte suâ relinquere legitimam hereditatem*. L. 8, § 1, ff. *de jure codicillorum*.

C'est en effet le raisonnement sur lequel on s'est fondé à la Cour de Paris, et ensuite à la Cour de cassation, pour valider le testament : « Attendu, a « dit la première de ces Cours, que l'acte réunissait « toutes les formes exigées pour un testament olo- « graphe; que la révocation de tout legs antérieur « est *nécessairement une disposition de dernière vo- « lonté;* que l'article 1035, en disposant que la « révocation peut être faite par un testament, « entend seulement que l'acte révocatoire soit « revêtu des formes du testament, etc. »

Domat (1) enseigne pareillement que « celui qui « révoque son testament sans en faire d'autre in- « stitue pour héritier celui qui doit lui succéder *ab « intestat*, non par une institution expresse en ter- « mes, mais tacite dans l'expression, et expresse « dans l'intention. »

Voët (2), après avoir dit que rien n'est plus naturel qu'un testateur puisse, dans les principes modernes, révoquer son testament de la même manière qu'il l'a fait, ajoute : *Atque etiam testator*

(1) *Lois civiles*, part. 2, liv. 3, tit. 1, sect. 5, n° 12, note à la suite.
(2) *Ad Pandectas*, tit. *de injust. rupt. irrito fact. testam.*, n° 1.

hac ratione videatur quasi nuncupasse sibi heredes illos quibus ab intestatò ex legis dispositione successio debetur. Arg. leg. 1, § *penult.* ff. *undè liberi.* Furgole (1) et plusieurs autres encore professent les mêmes principes.

Mais il est clair néanmoins que leur raisonnement n'est vrai que *sub certo respectu tantùm*, et non d'une manière absolue ; car autrement il faudrait dire aussi que celui qui n'a point fait de testament du tout a cependant *disposé* au profit de ses héritiers. Tout ce que l'on peut induire de là, c'est que la loi leur défère les biens d'après sa volonté présumée, puisqu'il pouvait les en priver, et qu'il ne l'a pas fait. Ce n'est pas dans un autre sens que les jurisconsultes romains eux-mêmes ont entendu la chose, et elle ne peut l'être différemment.

Ainsi, comme l'on ne pouvait grever de legs ou de fidéicommis que ceux-là seulement au profit desquels on avait disposé, et, d'un autre côté, que les fidéicommis étaient vus favorablement, l'usage d'en laisser même par simple déclaration verbale, et *etiam nutu*, s'introduisit insensiblement : de sorte que, pour que les héritiers *ab intestat* qui s'en trouvaient chargés, ne pussent se refuser à les acquitter, sous prétexte qu'ils ne tenaient pas les biens par l'effet d'une disposition du défunt, mais de la disposition de la loi elle-même, les jurisconsultes feignirent le contraire, et dirent que ces héritiers *ab*

---

(1) *Des Testamens*, chap. 2, n° 98.

intestat tenaient les biens de la volonté même de leur auteur; que celui-ci en avait ainsi fait à leur profit la disposition tacite. Mais ces fictions ne s'étendaient point au delà des cas et des objets pour lesquels on les avait admises.

Le tout est de savoir si, dans l'esprit du Code, elles ont la même force quant à la révocation des testamens par un acte privé écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. Pour nous, cela paraît clairement démontré.

En effet, tout le monde serait bien obligé de convenir qu'une disposition quelconque, même celle du plus mince objet, d'un écu par exemple, suffirait pour que l'acte, écrit d'ailleurs en entier, daté et signé de la main du testateur, fût un testament olographe, puisqu'il réunirait alors incontestablement les conditions requises, soit sous le rapport du fond, soit sous celui de la forme; car il y aurait *disposition*. Or, est-il vraisemblable que le législateur ait entendu faire dépendre d'une circonstance aussi minime, aussi indifférente, la validité de la révocation? Nous ne le pensons pas.

On objecte encore qu'une révocation sous seing privé peut être plus facilement arrachée qu'une révocation par acte public, et que le législateur a dû le prévoir; mais nous répondons qu'il a cependant permis de tester en cette forme, ce qui présente des dangers au moins aussi graves dans le même ordre d'idées; et nous ajouterons qu'il n'en coûterait pas beaucoup plus de peine à ceux qui

solliciteraient la révocation, de faire insérer dans l'acte une disposition quelconque. Ainsi les inconvéniens signalés ne sont pas réels, du moins ils ne sont pas particuliers à la révocation des testamens; ils se trouvent aussi dans la faculté accordée à chacun de tester en la forme olographe.

Enfin, quant à ce que l'art. 1035 parle d'un *acte devant notaires, portant déclaration d'un changement de volonté,* il n'y a pas à en conclure, *à contrario*, que l'on n'a pas voulu admettre, comme révocation des testamens, un acte privé écrit en entier, daté et signé de la main du testateur : on vient de voir que le motif de cette addition au projet de loi a été d'étendre, et non de restriendre les modes de révocation. Il fallait bien d'ailleurs que ceux qui ne sauraient pas écrire pussent cependant révoquer leur testament, sans être obligés pour cela de faire de nouvelles dispositions. Cela était surtout nécessaire, si, comme nous l'avons démontré précédemment, les notaires ne doivent point se dessaisir des minutes des testamens qu'ils ont reçus. Enfin, il n'y avait aucun motif raisonnable de n'avoir aucun égard à la volonté formellement exprimée par le testateur dans un acte semblable à celui par lequel il avait disposé, tandis qu'on allait reconnaître cette volonté dans de simples faits, par exemple, dans l'aliénation, quoique nulle, de la chose léguée.

432. Le second point, celui de savoir si un acte

public nul comme testament, vaut du moins comme acte de révocation des testamens antérieurs, présente des difficultés bien plus graves. Quelques notions générales des principes du droit romain et de notre ancienne jurisprudence sont nécessaires pour les résoudre, ou du moins pour prévenir plusieurs objections et écarter divers argumens que l'on a fait souvent valoir avec plus d'érudition que de jugement dans la discussion de ces questions delicates.

Dans le droit romain, le testament nul, *non jure perfectum*, ne révoquait pas un testament précédent (1); tandis que celui qui, valablement fait, demeurait néanmoins sans exécution par la mort de l'institué, ou par son refus de recueillir l'hérédité, ou par l'inaccomplissement de la condition sous laquelle il avait été institué, révoquait pleinement tout testament antérieur (2).

La raison de cette différence tenait à ce que, dans le premier cas, le testateur n'avait rien fait d'utile, parce qu'un testament imparfait n'est pas un testament; au lieu que dans le second, il avait agi valablement, et si son second acte ne recevait pas son exécution, ce n'était pas sa faute (3). Dans

---

(1) § 7, Instit. *quib. modis testam. infirm.*

(2) § 2, *ibid.*

(3) Il faut donc rejeter l'interprétation que l'on donne quelquefois, et qui consiste à dire que c'était la faveur dont jouissaient les testamens à Rome, qui avait fait admettre que le premier testament n'était pas révoqué par un second nul en la forme; car, dans l'hypothèse

les deux cas, sans doute, il avait eu l'intention de révoquer le premier testament, et dans aucun il n'avait eu la volonté de mourir *ab intestat ;* mais dans l'un il avait fait tout ce que la loi lui commandait pour révoquer, tandis que dans l'autre il n'avait rien fait d'utile à cet effet.

Ainsi que nous l'avons dit ailleurs, les testamens, dans l'origine, se faisaient suivant la forme des lois, *calatis comitiis :* on les regardait donc alors comme une espèce de loi, et l'usage de les considérer ainsi se perpétua. Or, comme une loi ne peut être rapportée que par une autre, ainsi un testament ne pouvait être révoqué que par un autre régulièrement fait, *jure perfectum.*

433. Tel était le droit relativement aux institutions d'héritier, lesquelles étaient de l'essence des testamens; mais quant aux legs et aux fidéicommis, même insérés dans des testamens, on suivait d'autres principes. Un testament ou un codicille postérieur, quoique nul en la forme, les révoquait suffisamment, sinon de plein droit, du moins en fournissant à l'héritier qui en était grevé une exception contre les légataires ou les fidéicommissaires pour se défendre sur leur demande. Cette

---

d'un second testament valable, mais non mis à exécution à raison du prédécès de l'héritier qui y était institué, ou de son refus de recueillir ou de l'inaccomplissement de la condition qui lui avait été imposée, cette raison eût eu la même force, et cependant le premier testament était révoqué, et le testateur mourait *ab intestat.*

distinction nous fera faire encore un pas vers la solution de la difficulté ; elle écartera, du moins en partie, les fausses inductions que l'on a si souvent tirées des lois romaines, dans les nombreuses controverses élevées sur cette question épineuse.

Ainsi, le jurisconsulte Paul, dans la loi 36, § 3, ff., *de testamento militis*, suppose qu'un vétéran qui avait fait un testament suivant les règles du droit commun pendant qu'il était au service, a voulu le révoquer par un autre, afin de mourir *intestatus*, et que ce dernier testament s'est trouvé nul : Paul décide que les institutions d'héritier faites dans le premier (ainsi que les substitutions) sont mainnenues : *hæredum institutiones in eodem statu man sisse placuit ;* mais que les legs sont tacitement révoqués ; *legata verò petentes exceptione doli mali secundùm jus commune summoveri ; cujus exceptionis vires ex personâ petentis æstimantur*. En effet, comme la révocation des legs résultait de la seule volonté du défunt, il fallait l'apprécier à raison des circonstances particulières relatives aux légataires. Mais ces expressions *secundùm jus commune* attestent clairement que, en thèse générale, les legs étaient révoqués par un testament postérieur, quoique nul. La raison s'en trouve formellement exprimée dans la loi 3, § 11, ff. *de adimend. vel transf. legat.*: c'est parce que, dit cette loi, *legata et fideicommissa adimi possunt* ET QUIDEM NUDA VOLUNTATE.

434. Cette théorie était suivie dans nos pays de

droit écrit : les institutions d'héritier n'étaient généralement révoquées par un testament postérieur, qu'autant que ce testament était valable ; tandis que les legs, même ceux insérés dans des testamens, étaient révoqués avec effet par un acte postérieur, quoique nul.

435. Mais dans les pays de coutumes, où l'institution d'héritier n'était pas exigée pour la validité du testament, et où il n'y avait, à proprement parler, que des codicilles et des legs, on était plus volontiers porté à décider qu'un testament postérieur, quoique nul, pouvait néanmoins en révoquer un précédent. Pothier (1) le décidait positivement, du moins dans le cas où le second acte contenait une clause de révocation : « Quoique, dit-il, un second « testament, qui contient une clause de révocation « du premier, soit nul en la forme, le premier ne « laisse pas d'être révoqué.... ; car, la révocation « des testamens pouvant se faire *nudâ voluntate,* le « second testament, quoique nul, doit être valable « pour la clause de révocation, qui n'est pas assu- « jétie aux formalités testamentaires, »

Lacombe (2) cite un arrêt du parlement de Paris, du 29 décembre 1687, qui avait préparé la doctrine de Pothier, en décidant qu'un testament antérieur avait pu être révoqué par un codicille nul

(1) *Traité des donations testamentaires,* chap. 6, sect. 2, § 1.

(2) Au mot *testament*, sect. 5, dist. 2, n° 3.

en la forme; et la question, élevée à l'occasion d'un testament ancien, a été jugée dans le même sens par la Cour de Douai, et ensuite par la Cour de cassation, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt, le 14 floréal an XI (1).

C'est aussi en s'attachant aux doctrines des pays de coutumes sur ce point, que M. Tronchet, élevé dans ces principes, disait, au Conseil-d'État, lors de la discussion sur l'article 935, que « le témoignage « du changement de volonté ne résultait pas moins « d'un acte authentique, quoiqu'il fût nul comme « testament »; et si l'on avait érigé en disposition législative cette observation, ainsi qu'on en a eu le dessein, on aurait prévenu une des plus graves difficultés du Code (2).

Tandis que c'est en s'attachant à la théorie des lois romaines relativement à la révocation des institutions d'héritier, que M. Jaubert, qui avait enseigné le droit romain à Bordeaux, disait devant le Tribunat « qu'un testament nul comme testa- « ment, n'en révoquait point un précédent (3). »

M. Merlin professe les mêmes doctrines, et

(1) Sirey, 3-2-544.

(2) M. Malleville, dans son *analyse raisonnée du Code civil*, sur l'article 1035, s'est attaché à la décision de M. Tronchet, et la Cour de Bruxelles, par son arrêt du 22 juillet 1807, rapporté au *Répertoire* de M. Merlin, v° *révocation de codicille*, a suivi l'opinion de M. Malleville.

(3) Et la Cour de Turin, attachée aussi aux mêmes règles, a suivi la décision de M. Jaubert, dans son arrêt du 4 avril 1807, rapporté au même endroit.

MM. Toullier, Delvincourt et Grenier les doctrines contraires, avec quelques nuances toutefois.

La question, selon nous, doit être décidée au moyen de quelques distinctions, qui ressortent de la nature même des choses.

436. D'abord, si le second testament nul comme tel, ne révoque pas expressément le précédent; si la révocation, en supposant l'acte valable, n'eût été que le résultat de l'incompatibilité des deux dispositions, il n'y a pas de révocation de la première dès que la seconde est nulle. Par exemple, par un premier acte, j'avais légué mon jardin à Paul, et par un second testament, nul en la forme, j'ai légué le même jardin à Pierre : dans ce cas, où les deux dispositions seraient évidemment incompatibles si l'une et l'autre étaient valables, il n'y a point de révocation, parce qu'elle ne pourrait résulter que de cette incompatibilité, qui n'existe réellement pas dès que la seconde disposition est nulle. Et il importerait peu que le second acte, nul comme testament, réunît ou non toutes les formes des actes notariés; car ne portant point, ainsi que nous le supposons, de déclaration du changement de volonté, il n'est pas avoué par l'art. 1035 comme acte de révocation.

Que si l'on disait que le premier legs serait bien utilement révoqué dans le cas où le second n'aurait manqué son effet que par l'incapacité du légataire ou par son refus de recueillir (art. 1037), et ce-

pendant que le testateur serait également présumé n'avoir voulu ôter l'objet à l'un que pour le donner à l'autre, nous répondrions que du moins dans ce dernier cas il a fait un acte de disposition valable, tandis que dans l'hypothèse en question, il a fait un acte nul : or, un nouvel acte de disposition du même objet au profit d'une autre personne emporte, aux termes de la loi, révocation d'une précédente, quel que soit le sort de cette nouvelle disposition, parce qu'en effet il est très possible que le testateur ait eu non-seulement la volonté de préférer le dernier légataire au premier, mais encore de priver absolument celui-ci de l'objet, à tout événement ; et le doute a été interprété comme il devait l'être, en faveur des débiteurs du legs, qui sont défendeurs. Au lieu que, dans la première hypothèse, l'acte étant nul, et la diposition qui y est contenue l'étant par cela même, nous n'avons plus d'élémens suffisans pour connaître la volonté du défunt. Nous expliquerons bientôt au surplus avec plus de détail cet art. 1037.

437. Quand le second testament contient une clause de révocation des précédens, il y a plus de difficulté.

Écartons pour le moment la circonstance que l'héritier ou le légataire institué dans ce second acte serait la même personne qui était instituée dans le premier ; nous parlerons tout à l'heure de ce cas.

Dans l'hypothèse donc d'une révocation expresse, il faut d'abord distinguer entre le cas où le second acte, nul comme testament, serait nul aussi comme acte public, et le cas contraire.

Si ce second acte est nul même comme acte notarié, aux termes de la loi du 25 ventôse an XI, il n'emporte point révocation des précédens testamens : on est généralement d'accord sur ce point. Aucune disposition de la loi actuelle n'autoriserait à prétendre le contraire ; et dans ce cas, il est vrai de dire, *id quod nullum est, nullum effectum producere potest.* Il n'y a pas à argumenter de la volonté présumée du testateur, ainsi qu'on le faisait dans le droit romain quant à la révocation des legs et des fidéicommis : dès qu'il a fait un acte nul sous tous les rapports, cet acte ne révoque pas, sous le Code.

438. Mais si l'acte, nul comme testament, et portant révocation expresse, réunit néanmoins toutes les formalités prescrites, à peine de nullité, par la loi du 25 ventôse an XI pour les actes notariés, alors les esprits sont divisés.

Par exemple, un des quatre témoins appelés à l'acte testamentaire reçu par un notaire n'était pas capable, ou la mention de la lecture au testateur *en présence des témoins* n'a pas été faite, etc., etc., toutes choses qui rendent un testament nul, mais qui n'empêcheraient pas que l'acte ne fût valable comme acte public ordinaire.

Les uns prétendent que cet acte, quoique con-

tenant une révocation expresse, ne révoque pas valablement les dispositions antérieures. Ils se fondent sur ce que le testateur a voulu faire un testament plutôt qu'un simple acte de révocation ; que son acte ne doit produire que les effets qu'il a entendu y attacher ; qu'on ne doit pas le diviser ; que la révocation était conditionnelle, c'est-à-dire en tant que la disposition secondaire pourrait produire ses effets au profit de celui qui en était l'objet ; que le défunt n'a pas eu l'intention de révoquer purement et simplement ses dispositions premières, mais bien de les révoquer uniquement en faveur du second légataire, et que cet événement ne s'étant pas réalisé, il est censé avoir voulu laisser les choses dans leur premier état ; qu'à la vérité il s'est expliqué formellement sur son intention de révoquer, mais que c'est dans ce sens et avec cet effet, nécessairement sous-entendu.

A l'appui de ce système, ils citent la loi 18, ff., *de legatis* 3°, où le jurisconsulte Pomponius suppose que, par un premier testament, j'ai fait un fidéicommis à une certaine personne ; que j'ai fait ensuite un autre testament, mais non valable, par lequel j'ai laissé *à la même personne* un autre objet (1) ; et comme les fidéicommis (et même les legs) pouvaient être révoqués tacitement, *quia nudâ voluntate fideicommissa infirmarentur*, Pomponius

(1) Ou même que je ne lui ai rien laissé du tout, suppose aussi le jurisconsulte.

se demande si ma volonté a été de révoquer celui que j'avais fait par le premier acte, et il répond qu'il est difficile de le décider ainsi : *sed vix id obtinere potest*, attendu que ma volonté n'a peut-être été de révoquer le fidéicommis du premier testament, que dans le cas où le second serait valide : *fortassis, ideò quod ità demùm à priore testamento velim recedi, si posteriùs valiturum sit.*

C'était donc une interprétation de volonté ; mais cette interprétation d'intention, très-raisonnable dans le cas dont il s'agit, où c'était la même personne qui était gratifiée dans les deux testamens, n'est plus fondée sur les mêmes présomptions quand les deux dispositions sont faites au profit de personnes différentes, et c'est par conséquent à tort que l'on a argumenté de cette loi pour prétendre *indistinctement* que le second testament, quoique portant révocation expresse, et quoique valable comme acte authentique ordinaire, ne révoque néanmoins pas les dispositions antérieures, s'il est nul comme testament. D'ailleurs, comme on pouvait *laisser* aussi bien que révoquer des fidéicommis *etiam nutu*, le jurisconsulte a pu naturellement penser que la volonté du testateur était de gratifier la même personne, tout en révoquant son testament, et en conséquence il décide que le fidéicommis doit recevoir son exécution.

Quant à ce raisonnement, que le testateur ayant voulu faire un testament et non un simple acte de révocation, cet acte ne doit produire aucun effet

dès qu'il est nul pour l'objet auquel il était destiné, on y répond facilement par un grand nombre d'exemples de cas où un acte nul sous un rapport et pour un objet, peut néanmoins valoir sous un autre rapport et pour un autre objet.

Ainsi d'abord, et suivant ce qui a été démontré précédemment, un testament nul comme testament mystique, pour un vice de forme dans l'acte de suscription, ou à cause de l'incapacité d'un témoin, est cependant valable comme testament olographe, s'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur. Telle est l'opinion commune, confirmée aussi par la jurisprudence et par cet axiome de droit et de raison, parfaitement applicable à la question, *utile per inutile non vitiatur.* Il y a même ici cela de particulier, qu'en faisant un testament mystique, je n'ai pu avoir eu qu'un but, qu'un objet, celui de faire un testament; tandis que dans le cas en question j'ai pu avoir un autre but que celui de disposer au profit de la personne gratifiée dans le testament nul; j'ai pu vouloir aussi, et c'est même très probable, priver celle que j'avais gratifiée par le premier acte, du bénéfice de la disposition. C'est donc une raison de plus de faire produire à l'acte les effets qu'il peut produire comme révocation, quoiqu'il n'en puisse produire comme testament.

Papinien, dans la loi 1re. ff. *quib. mod pignus vel hypotheca solvitur*, suppose qu'un vendeur à qui partie du prix de vente était encore due, et pour sûreté de laquelle il avait reçu un gage de l'ache-

teur, a fait à celui-ci, *donationis causâ*, remise de la dette ; que la donation, comme contraire aux lois, a été déclarée nulle, et que le fisc a succédé au donateur : le jurisconsulte décide bien que la remise est nulle comme libéralité interdite, et en conséquence que l'acheteur doit payer au fisc cette partie du prix, mais il décide, d'autre part, que le droit de gage a été valablement éteint, parce que la prohibition de la loi ne s'appliquait qu'à la donation, ou à la remise du prix à ce titre, et non à la remise du gage. Et il est même à remarquer que cette dernière remise n'était cependant point expresse, elle n'était que la conséquence de la remise de la dette. Donc un acte, quoique nul pour un objet, peut néanmoins produire des effets sous un autre rapport.

Ne voyons-nous pas aussi dans les art. 68 de la loi du 25 ventôse an XI, et 1318 du Code civil, qu'un acte que les parties ont voulu faire dans la forme authentique, et qui est nul pour vice de forme, ou pour cause d'incapacité ou d'incompétence de l'officier public, vaut néanmoins comme écriture privée, s'il est signé de toutes les parties (1)? Or, l'acte nul comme testament, mais valable comme acte devant notaires, et portant révocation des dispositions précédentes, réunit tout ce qu'exige l'art. 1035 pour opérer cette révocation. On n'annulerait certainement pas non plus un contrat de

---

(1) Si toutefois il peut valoir comme écriture privée d'après la nature de l'affaire.

mariage dans lequel la femme, contre la disposition de l'art. 2140, aurait renoncé à toute hypothèque légale sur les biens de son futur mari : cette clause seulement serait réputée non écrite.

Enfin cette doctrine a été enseignée par nos auteurs les plus exacts. Ainsi, suivant Domat (1), « lorsqu'il s'agit de la validité d'un acte où sont « comprises deux choses qui ont entre elles quelque « liaison, si l'une des deux ne peut subsister, l'acte « ne laisse pas de valoir pour celle qui peut subsister « sans l'autre. » Or, la révocation et les dispositions de biens contenues dans le testament nul comme tel, ont certainement de la liaison entre elles ; la première n'a même probablement été faite qu'en considération des nouvelles dispositions ; dès lors, aucune raison solide ne peut s'opposer à ce qu'elle produise son effet, quoique ces dispositions soient nulles, si d'ailleurs cette révocation réunit ce qu'exige la loi, un acte devant notaires portant déclaration du changement de volonté.

Au reste, nous avouerons que la question est encore vivement controversée, et la jurisprudence elle-même n'est pas encore bien fixée (2). Telle est toutefois notre opinion,

---

(1) *Lois civiles*, part. 2, liv. 3, sect. 5, note à la suite du n° 19.

(2) *Voy.* dans Sirey, tom. 3-2-544 ; tom. 7-2-644 ; tom. 9-2-301 ; tom. 11-2-57 ; tom. 12-1-33 (Cour de cassation, section civile) ; tom. 13-2-342 ; et tom. 22-1-11, des arrêts qui ont jugé que le second testament ne révoque pas ; tom. 7-2-673, qu'il révoque ; et tom. 10-1-126, *qu'il peut révoquer, selon l'intention.*

439. Mais quand le second acte, nul comme testament, contient au profit de la même personne les mêmes dispositions ou des dispositions différentes, alors les premières ne sont pas révoquées par cet acte, du moins elles ne le sont pas dans la mesure de ce que renferment les dernières, quand bien même ce nouvel acte contiendrait clause expresse de révocation; car c'est alors qu'il est vrai de dire que le testateur n'a point entendu anéantir son bienfait : la preuve qu'il ne l'a point voulu, c'est qu'il a continué de donner à la même personne. S'il a voulu révoquer, il ne l'a voulu que pour l'excédant des premières dispositions sur les dernières, et cet excédant, en effet, s'il y en a, demeure révoqué. Mais dans la mesure des dernières dispositions, les premières doivent sortir leur effet, attendu que la révocation, dans ce cas, était vraiment conditionnelle; elle était subordonnée, dans la pensée du testateur, à l'exécution de son second testament. Il sera toujours contraire à la raison de prétendre que celui qui donne encore entend néanmoins ne plus donner, quoiqu'il eût laissé, (on peut le supposer) davantage à la même personne par le second testament que par le premier. Et il ne suffit pas de dire en pareil cas, avec Pomponius, dans la loi 18 ff. *de legatis* 3° citée ci-dessus, *sed vix id obtinere potest*; il faut dire hardiment, au contraire : non, il n'a pas voulu révoquer; s'il l'a fait dans les termes, il a voulu le faire conditionnellement dans les effets : *ideò quod ità demùm à priore*

testamento velit recedi, si posterius valiturum sit. L'acte n'emporte donc pas en *soi changement de volonté*, dans la mesure de la disposition qu'il renferme, comparée avec la première. Qu'importe qu'il soit acte reçu par notaire, et régulier en tout point quant à la forme pour valoir comme acte de révocation? Cela ne suffit pas, cela ne devait pas suffire du moins dans l'esprit de la loi; elle a dû vouloir aussi, sous peine de la plus grave inconséquence, et de contradiction formelle avec sa propre théorie, qu'il fût conçu dans le dessein d'opérer une révocation réelle de la précédente disposition. Le testateur, en effet, n'a-t-il pas pu avoir de puissans motifs pour déclarer expressément qu'il révoquait ses précédens testamens? Cela est sensible, si ces testamens contenaient des legs au profit de personnes qu'il ne voulait plus gratifier. Il n'y a donc rien à en conclure contre celle qu'il a gratifiée aussi par le dernier acte. Et il faut le décider ainsi encore, comme le suppose le jurisconsulte romain, qu'il eût fait la seconde disposition d'un autre objet que celui que renfermait la première, *vel aliud quàm quod priore testamento relictum* : seulement si ce second objet valait davantage, les héritiers pourraient s'acquitter en livrant le premier.

Ces principes, avoués par la plupart des interprètes du Code, tels que MM. Grenier, Delvincourt et Toullier, ont été appliqués déja bien des fois par les tribunaux. C'est ainsi que la cour d'Angers, par

son arrêt du 24 mai 1822 (1), a jugé qu'un testament, postérieur et authentique, nul comme testament, mais valable comme acte notarié, n'avait point révoqué les dispositions faites dans un précédent testament en faveur de la même personne que celle qui était instituée dans le second acte; et il y avait cependant cela de particulier, qu'il y était dit que « le testateur a déclaré révoquer tous testa-« mens antérieurs, *voulant que celui-ci soit exécuté* « *seul, en sa forme et teneur.* » Mais on a seulement vu dans cette clause la volonté de révoquer toutes les dispositions qui ne se trouvaient pas renouvelées au profit des mêmes personnes.

La Cour de Nîmes a jugé de la même manière (2). Dans l'espèce, un sieur François Gravil avait fait, le 19 thermidor an VIII, un testament par lequel il léguait à Jean-François Gravil, son petit-neveu, sa quotité disponible; il avait fait aussi quelques legs particuliers. Le 24 brumaire an XIII, par conséquent sous le Code civil, il fit un second testament par acte public, et il y institua Joseph Gravil, son neveu, père du premier légataire, son héritier universel, mais avec charge de conserver et de rendre les biens à celui-ci: la substitution était évidemment nulle. Il déclarait du reste entendre révoquer toutes précédentes dispositions.

Les autres héritiers ont produit et attaqué le se-

(1) Sirey, 23-2-14.

(2) Arrêt du 7 décembre 1821. Sirey, 22-2-324.

cond testament : ils l'ont invoqué comme révoquant le premier, et attaqué comme renfermant une substitution prohibée ; ce qui ne le rendait pas nul assurément comme testament, quoique la disposition grevée de substitution fût nulle. Mais la Cour de Nîmes considérant que la disposition faite dans le premier testament en faveur de Jean-François Gravil avait été révoquée uniquement par rapport à celle qui devait lui faire parvenir les biens par la voie de la substitution, a maintenu cette première disposition, malgré les puissantes raisons de douter, raisons à l'examen desquelles il serait inutile de nous livrer, attendu que c'est un cas particulier qui ne se représentera probablement plus.

Enfin la Cour de Douai, par arrêt du 26 février 1809, et ensuite celle de cassation, qui a rejeté le pourvoi (1), ont pareillement jugé que la révocation dépend essentiellement de la volonté qu'a eue le testateur ; en conséquence elles ont maintenu les dispositions faites dans un premier testament en faveur de la même personne, et dans les limites de ce que le second acte lui avait laissé. Elles ont ainsi suivi la décision de Pomponius, dans la loi 18, ff. *de legatis* 5°, précitée (2).

---

(1) Le 23 janvier 1810. Sirey, 1810-2-126.

(2) *Voy.* aussi, dans le même recueil, tom. VI, part. 2, pag. 205 ; tom. VIII, part. 2, pag. 234 ; et tom. IX, part. 2, pag. 105 et 301, divers arrêts qui ont également jugé que, lorsque les deux testamens sont faits au profit de la même personne, le second, nul comme testament, ne révoque pas les dispositions faites au profit de cette per-

440. Nous résumant sur ces points délicats, nous disons ;

1° Un acte écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, et portant révocation de ses précédentes dispositions, les révoque utilement, quoiqu'il n'en contienne lui-même expressément aucune.

2° Un acte public nul comme testament, contenant des dispositions qui seraient incompatibles avec de précédentes, mais ne portant point de révocation expresse de celles-ci, ne les révoque pas, quoiqu'il fût d'ailleurs valable comme acte notarié.

3° Un second acte, nul comme testament et nul comme acte public, ne révoque pas de précédentes dispositions, quoiqu'il contînt une clause de révocation expresse.

Mais 4°, s'il est valable comme acte notarié, et qu'il ne dispose point au profit de la même personne, il révoque le précédent s'il contient révocation expresse.

5° S'il dispose au profit de la même personne, il ne révoque pas les premières dispositions dans la mesure des dernières, quand même il contiendrait la clause révocatoire ; mais l'excédant que renfermeraient celles-ci seraient sans effet, comme laissé par un testament nul.

441. On a aussi demandé si l'on pouvait faire re-

---

sonne, quoique l'acte pût valoir comme acte notarié et qu'il contînt une clause de révocation expresse.

Mais il y a quelques décisions contraires.

vivre un testament révoqué par un subséquent, en en faisant un autre qui révoque simplement ce dernier. La question s'est présentée à la Cour de Grenoble, qui l'a jugée affirmativement, par son arrêt du 14 juin 1810 (1).

Dans l'espèce, un testateur avait fait successivement quatre testamens. Le premier était en la forme mystique, et déposé chez un notaire; le testateur le révoqua par un testament olographe, par lequel il disposait au profit de sa nièce d'une somme de dix mille francs. Plus tard il fit un troisième testament en la même forme, par lequel il révoqua le premier et le second, et donnait à cette même nièce la somme de douze mille francs. Enfin, par son quatrième testament, fait par acte public, il révoqua le premier et le troisième sans parler du second, et ne donna plus à sa nièce qu'une somme de six mille francs, payable après la mort de son épouse, qu'il institua son héritière.

A la mort du testateur, sa nièce a demandé le paiement du legs de dix mille francs porté dans le second testament, sans préjudice du legs de six mille porté dans le quatrième. La veuve prétendait, de son côté, que ce second testament une fois révoqué par le troisième, n'avait pu revivre, et en conséquence qu'elle ne devait que le legs de six mille francs, porté dans le quatrième et dernier testament, et seulement à sa mort.

---

(1) Sirey, 1811-2-20.

Mais la Cour de Grenoble a pensé que la révocation qui avait atteint le premier et le troisième testament n'avait pas atteint le second, parce que celui-ci ne se trouvait révoqué que par le troisième, qui l'était lui-même par le dernier, et qui en conséquence n'avait plus pour effet de révoquer le second. Elle a donc ordonné le paiement du legs de dix mille francs actuellement, et le maintien du legs de six mille francs, payable à l'époque fixée par le testateur. Et bien que les diverses circonstances de la cause, qu'il est inutile de rapporter, aient pu avoir de l'influence sur sa détermination, néanmoins elle a jugé en *droit* : elle l'a pu, selon nous, car les testamens n'ont effet qu'à la mort du testateur : dès lors ceux qui révoquent et qui ont été eux-mêmes révoqués, ne sont plus rien. Il n'est pas vrai de dire, en principe, qu'un testament révoqué est un acte anéanti, comme le serait un testament nul : les lois romaines faisaient à cet égard, au contraire, une distinction, que la raison commande de conserver dans notre droit.

Ainsi, d'après la loi 12, *princip.* ff. *de injusto, rupto testamento,* si un testament a été *rompu* par la survenance d'un enfant au testateur, quoiqu'il fût vrai de dire, selon la rigueur du droit, que ce testament avait été anéanti, néanmoins, si l'enfant était venu à mourir du vivant de son père, le Préteur donnait, sous le nom de *possession des biens* SECUNDUM TABULAS, la succession à ceux qui avaient été institués dans ce testament, et faisait ainsi revivre un

acte qui avait cependant été rompu, *ruptum*, pour nous servir du langage des jurisconsultes romains.

Ainsi encore, suivant la loi 11 § 2 ff. *de bonorum possess. secund tabulas,* si, après avoir fait son testament, un citoyen s'était donné en abrogation, le testament était également *rompu* par ce seul fait (1), parce que le testateur, devenu ainsi fils de famille, n'avait plus capacité de tester. Mais s'il mourait après être revenu *sui juris*, et qu'il eût manifesté sa volonté que son testament reçût son exécution, soit par un codicille, soit même par un simple écrit, comme une simple lettre, le Préteur accordait pareillement la *possession des biens* à ceux qui avaient été institués dans ce testament.

N'objectez pas, dit Papinien, auteur de cette loi, que c'est faire un testament *nudâ voluntate*, que d'en faire revivre de la sorte un qui avait été atteint de caducité, car dans le fait, il ne s'agit point de la validité du testament en lui-même : *non enim de jure testamenti maximè quæritur ;* mais bien de la force de l'exception résultant de cette caducité, exception qui s'estime d'après la volonté du défunt. Or, quand un testateur se borne à révoquer un second testament par lequel il en avait révoqué un premier, c'est qu'il a voulu seulement révoquer la révocation, du moins les circonstances de la cause peuvent déterminer les tribunaux à le décider ainsi.

Par la même raison, il y a révocation suffisante

---

(1) § 1, Instit. *quib. modis testam. infirm.*

d'un acte révocatoire si, après avoir révoqué un premier testament par un second, le testateur déclare, dans un acte devant notaire, révoquer ce second testament, pour faire revivre le premier; il n'est même pas de rigueur de transcrire dans l'acte abolitif, les dispositions du premier, surtout si cet acte a lui-même les formes du testament (1).

442. Nous avons dit que les testamens postérieurs qui ne révoquent pas d'une manière expresse les précédens, n'annulent, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouvent incompatibles avec les nouvelles, ou qui sont contraires (art. 1036). Alors il y a translation du legs à une autre personne.

443. Quand il est dit dans un premier testament: *Je lègue mon jardin à Paul,* et que par un second acte il est dit : *Je lègue le même jardin à Pierre,* il y a tout à la fois révocation du legs fait à Paul, quoique le testateur ne l'ait pas dit expressément, et translation de ce legs au profit de Pierre.

Et il est indifférent, dans notre droit (2), que,

---

(1) *Voy.* en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, du 4 décembre 1811. Sirey, 12-1-119.

(2) Nous disons *dans notre droit,* parce que dans le droit romain, si le testateur n'eût pas répété dans la seconde disposition le nom du premier légataire, c'eût été plutôt un cas de *conjonction* qu'un cas de révocation quoique la seconde disposition eût été portée dans un codicille postérieur au testament qui contenait le premier legs. Mais l'art. 1045 ne permettrait pas devoir un cas de *conjonction* dans l'espèce, puisqu'il y a accroissement dans les cas de conjonction, et que cet article fait claire-

par le second testament, le testateur ait fait ou non mention de la disposition qu'il avait faite d'abord au profit de Paul; qu'il ait dit : « *Je lègue à Pierre le jardin que j'avais légué à Paul* », ou simplement : « *Je lègue mon jardin à Pierre.* » L'effet sera le même dans les deux cas : dans tous deux il y aura révocation; tandis que si les deux legs étaient faits par le même acte, il y aurait *conjonction*, celle prévue à l'art. 1045, à moins qu'en faisant le second legs, le testateur n'eût manifesté l'intention de révoquer le premier. Mais nous expliquerons plus loin ce point, qui n'est pas aujourd'hui sans quelque difficulté.

444. Et si le testateur n'eût appelé le second legataire qu'à défaut du premier, il y aurait eu substitution vulgaire, dans les termes de l'art. 898; mais ce n'est pas ce qui a eu lieu dans l'espèce.

445. Par l'effet des mêmes principes, si, après avoir légué l'universalité de mes biens à Paul, je lègue ensuite, par un second testament, tous mes biens à Pierre, il y a révocation du legs fait à Paul, par suite de l'incompatibilité des deux dispositions. A la vérité, la loi reconnaît qu'on peut léguer avec effet à plusieurs personnes l'universalité des biens (article 1003), mais elle suppose que c'est par un seul et même legs (*ibid.*), ou du moins par un seul et même acte (art. 1045), parce qu'on doit croire alors

ment entendre que, pour que ce droit ait lieu, il faut que les deux dispositions aient été faites par *le même acte*.

que le testateur l'a fait dans la vue du droit d'accroissement. Au lieu que dans l'espèce, le testateur donnant par des actes séparés à plusieurs personnes l'universalité de ses biens, il y a incompatibilité entre les deux dispositions; il y a présomption qu'il a entendu révoquer la première pour que la seconde eût tout son effet, sauf le cas où, des termes du second acte, il résulterait qu'il n'a point entendu révoquer le premier legs, mais seulement donner un colégataire au premier institué.

Par la même raison, il y a incompatibilité, et par suite révocation, si je donne à l'un *mon disponible* par un premier testament, et que je le donne ensuite à un autre par un nouvel acte.

446. Dans le cas du legs d'une chose en totalité à Sempronius, et ensuite de la moitié de cette chose à Titius, les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur la portion qui revenait à chacun des légataires, lorsqu'ils avaient l'un et l'autre recueilli le legs. Les uns prétendaient que Sempronius avait d'abord une moitié, pour laquelle il se trouvait seul légataire, et la moitié de l'autre moitié, comme étant en concours pour cette moitié avec Titius, tous deux étant *conjuncti re* pour ladite moitié. Sempronius devait donc avoir les trois quarts si Titius venait aussi au legs, et la totalité, *jure non decrescendi*, s'il n'y venait pas. D'autres pensaient que le testateur avait voulu faire une nouvelle portion de la chose, c'est-à-dire, dans

l'espèce, comme une troisième moitié, et suivant eux, les deux légataires devaient concourir, l'un pour deux portions, et l'autre pour une troisième; en sorte que Sempronius, dans le cas où Titius venait au legs, devait avoir les deux tiers de la chose, et Titius l'autre tiers; que s'il n'y venait pas, Sempronius avait le total *jure non decrescendi;* et que si c'était Sempronius qui ne venait pas au legs, Titius avait toute la moitié qui lui avait été léguée, également *jure non decrescendi*, mais jamais rien de plus. Justinien a tranché cette controverse, en décidant, par la loi 23, Cod. *de legatis*, soit qu'il s'agît d'une chose ainsi léguée à plusieurs successivement, à l'un d'abord pour le tout, à l'autre seulement pour une moitié; soit qu'il s'agit de l'hérédité laissée de la même manière, qu'il y aurait révocation de la première disposition pour la moitié donnée au second légataire ou au second institué; et c'est la décision que nous suivons, comme la plus conforme à l'intention présumée du testateur.

D'après cela, si, après avoir légué par un premier testament, l'universalité de mes biens à Paul, je lègue ensuite, par un autre acte, la moitié de mes biens à Pierre, il y aura translation, au profit de ce dernier, de la moitié du legs fait à Paul; car, pour cette moitié, les deux dispositions sont incompatibles.

447. Dans le cas inverse, où le testateur, après avoir légué par un premier acte une quotité de

ses biens, avait, par un second, légué l'universalité à une autre personne, la cour de Nîmes a jugé (1) qu'il n'y avait pas révocation du premier legs par le second, attendu que l'art. 1011 suppose le concours d'un legs à titre universel avec un legs universel; que ces deux legs n'étant pas de même nature, puisque le légataire à titre universel n'est jamais saisi, tandis que le légataire universel est saisi quand il n'y a pas d'héritiers à réserve (article 1006), l'existence de l'un n'est point incompatible avec celle de l'autre.

Cette dernière considération ne fait sans doute pas grand chose quant à la solution de la question; mais on peut dire que le testateur a pu vouloir léguer l'universalité au second légataire, seulement pour le cas où le premier ne recueillerait pas la disposition faite à son profit, et que, dans cette prévoyance, il a dû faire le dernier legs de l'universalité, parce qu'en ne le faisant que d'une quotité, le légataire n'aurait jamais pu avoir que cette quotité, quand bien même le premier légataire n'aurait pas recueilli; tandis qu'il voulait cependant donner éventuellement la totalité au second légataire, sans cependant qu'on doive en conclure qu'il a entendu révoquer le premier legs.

Toutefois, on peut répondre que, si l'art. 1011 suppose le concours d'un legs à titre universel avec un legs universel, c'est qu'il suppose aussi qu'il n'y a pas eu de révocation du premier legs : or, ce con-

(1) Arrêt du 7 février 1809. Sirey, 9-2-255.

cours peut en effet exister dans plusieurs cas. Il existe, si les deux dispositions ont été faites par le même acte, n'importe l'ordre dans lequel elles ont été écrites, le testateur ayant pu avoir eu en vue, en faisant le legs universel, le cas de caducité du legs à titre universel. Ce concours existe encore lorsqu'après un legs universel fait dans un premier testament, un legs à titre universel est fait dans un second. Ainsi il n'y a rien à conclure de positif de cet art. 1011 quant à la question qui nous occupe.

Nous n'argumenterons pas non plus, contre la décision de la Cour de Nîmes, de l'art. 1003, qui suppose le concours de plusieurs légataires universels, ce qui n'empêche cependant pas qu'un second legs universel, fait dans un autre testament, ne révoque un premier legs de cette qualité; car il s'agit dans cet article d'un seul et même legs fait à plusieurs. Nous n'argumenterons pas davantage de l'art. 1045, qui permet de supposer le concours de plusieurs légataires universels, institués par des dispositions séparées dans un même acte, sans qu'il y ait révocation de la première par la seconde, parce que nous raisonnons dans l'hypothèse de deux dispositions faites par des actes différens. Mais nous dirons que le legs universel, dans l'espèce en question, a révoqué le legs à titre universel, par la même raison qui fait que l'on décide qu'un legs universel en révoque un autre porté dans un testament précédent. Peu importe qu'il y ait quelques différences entre les legs universels et les legs à titre uni-

versel ; au fonds leur nature est la même, et la question n'est pas là ; elle est tout entière dans le point de savoir si le testateur a eu la volonté de révoquer le legs à titre universel par le legs universel qu'il a fait postérieurement ; or, cela nous paraît évident.

En effet, le legs universel comprend *tout* (article 1003); il comprend donc par conséquent ce qui était compris dans le legs à titre universel lui-même ; il y a dès lors incompatibilité de la dernière disposition avec la précédente, en ce sens que la dernière ne peut s'exécuter suivant sa teneur, si la première reçoit aussi son effet.

Dans le cas d'un legs universel fait à plusieurs, ou de divers legs universels faits aussi à plusieurs par diverses clauses d'un même testament, on doit naturellement supposer que le testateur a eu en vue le droit d'accroissement entre les divers légataires, pour le cas où l'un d'eux ne recueillerait pas, par une cause quelconque ; mais dans l'espèce d'un legs à titre universel fait dans un premier acte, et d'un legs universel fait ensuite dans un autre testament, il est bien plus naturel de penser qu'il a voulu révoquer sa première disposition par la seconde, que de croire que, s'il a fait cette dernière sous le mode universel, c'était uniquement dans la vue d'assurer le tout au dernier gratifié, au cas où la première disposition resterait sans effet ; car il pouvait très bien faire le legs universel en déclarant néanmoins sa volonté de maintenir son premier legs.

Que l'on suppose que le testateur eût légué par

un premier testament tel immeuble, et que par un second il eût légué à une autre personne *tous* ses immeubles : selon la doctrine de l'arrêt de la Cour de Nîmes, on eût dû décider que le legs particulier n'était pas révoqué par le legs à titre universel ; car un legs particulier aussi concourt, et même très souvent, avec un legs à titre universel, en ce sens qu'il retranche à ce dernier, comme celui-ci retranche au legs universel lui-même : les art. 1012 et 1013 le supposent évidemment. On eût donc pu dire aussi que le testateur, dans la vue d'assurer *tous* ses immeubles au second légataire, au cas où le legs particulier de l'immeuble deviendrait caduc, avait mieux aimé lui en faire le legs d'une manière générale, que de lui léguer individuellement tous ces mêmes immeubles. Or, n'est-il pas cependant évident que le legs de *tous* les immeubles n'en excepte aucun ? Qu'il absorbe l'immeuble légué auparavant à titre particulier, et qu'il y a incompatibilité entre les deux legs, aussi bien que dans le cas du legs d'une chose spéciale fait à l'un et qui depuis a été léguée à un autre ? car le legs à titre universel de *tous* les immeubles ne recevrait pas son exécution, si le legs particulier concourait avec lui, au lieu d'en être une simple *délibation* ou charge.

Qu'est-ce qu'un legs particulier, et même un legs à titre universel quand il y a legs universel ? C'est, comme disent les jurisconsultes, une *délibation*, une diminution de ce legs universel ; c'est un re-

tranchement, fait sur ce legs, d'un objet spécial ou d'une quotité, sans toutefois en changer la nature. Mais ce n'est plus une *délibation* dès qu'il précède par la date de l'acte : alors le legs universel ne mériterait plus ce nom, puisqu'il ne comprendrait pas *tout*; et cependant le testateur a voulu faire un legs universel par son second testament : donc il est censé avoir voulu révoquer des dispositions dont le maintien empêchait que son legs ne fût du total.

Nous pensons donc, en l'absence de toute clause propre à manifester l'intention contraire du testateur, qu'un legs universel absorbe et révoque toute disposition portée dans des testamens antérieurs; qu'un legs à titre universel de tous les biens meubles ou de tous les immeubles absorbe et révoque les legs de quotité de ces mêmes biens, ainsi que les legs particuliers d'objets qui se rapportent à ces biens; enfin que le legs particulier de toutes les maisons ou de tous les chevaux du testateur, révoque le legs spécial qu'il avait fait de l'une de ses maisons ou de l'un de ses chevaux, quand même la maison ou le cheval auraient été désignés, le tout sauf preuve de l'intention contraire du disposant.

448. Mais si le testateur a légué des sommes à divers par différens testamens, quoique la succession fût insuffisante pour les acquitter toutes intégralement, ou qu'il n'y eût pas assez de biens pour les payer toutes après le prélèvement des *réserves*, les

premiers legs ne sont pas pour cela révoqués par les derniers ; il y aura concours au marc le franc ; car, ainsi que l'observe Pothier, les divers testamens sont censés avoir la même date, et en conséquence tous les legs qui ne sont pas incompatibles avec de nouveaux doivent être acquittés comme ceux-ci, dans la proportion du moins de ce que permet de faire le patrimoine du défunt. Or, il n'y a point d'incompatibilité, il y a seulement concours ; car des quantités égales ou inégales ne sont point incompatibles, comme un total avec une quote-part de ce même total, qui n'est plus total dès qu'une de ses quotes-parts s'en trouve d'abord détachée.

449. Les dispositions testamentaires quelconques sont révoquées par une donation universelle de tous les biens faite postérieurement par contrat de mariage. Aux termes de l'art. 1083, cette donation a des effets irrévocables, tandis que ceux du testament sont essentiellement révocables ; et quoiqu'en fait le testament soit antérieur, comme il ne produit ses effets qu'au temps du décès du testateur, c'est-à-dire à une époque où celui-ci ne pouvait plus disposer des biens compris dans l'institution contactuelle, il s'ensuit que, s'il l'a fait, il l'a fait inutilement. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation, le 16 novembre 1813 (1).

450. Voyons maintenant quel est l'effet de la ré-

(1) Sirey, 1814-1-99.

vocation, lorsqu'elle ne résulte que de l'incompatibilité des diverses dispositions, c'est-à-dire de la translation, au profit d'un légataire, de ce qui avait été légué précédemment à un autre.

Suivant l'article 1037, « la révocation faite dans « un testament postérieur aura tout son effet, quoi- « que ce nouvel acte reste sans exécution par l'in- « capacité de l'héritier institué ou du légataire, ou « par leur refus de recueillir. »

On voit que cet article ne statue rien sur le cas où la nouvelle disposition est restée sans exécution par l'inaccomplissement de la condition sous laquelle elle a été faite. Il ne parle pas non plus expressément du prédécès de l'héritier institué ou du légataire gratifié dans le second acte, mais ce cas se trouve renfermé dans celui d'incapacité ; car celui qui est mort au décès du testateur est incapable, par la même raison que celui qui n'est pas encore conçu à cette époque, et ce dernier est qualifié incapable (art. 906). En droit, c'est le néant dans l'un comme dans l'autre cas.

451. Quant à la caducité de l'institution ou du legs fait dans le second testament, par suite de l'inaccomplissement de la condition qui y avait été mise, le droit romain contient plusieurs décisions qu'il ne sera pas inutile de retracer ; elles établissaient aussi, sous ce rapport, une distinction entre les institutions d'héritier et les legs.

Ainsi, quoique la condition sous laquelle l'insti-

tution avait été faite dans le second testament fût venue à défaillir, le premier n'était pas moins révoqué, pourvu que ce dernier fût d'ailleurs régulier, *jure perfectum* : le § 2 aux institutes, tit. *quibus mod. testam. infirm.*, en contient la disposition expresse. On ne considérait rien autre chose, sinon la possibilité que le testateur eût un héritier en vertu de ce second testament, et pour cela, il suffisait qu'il fût régulièrement fait.

Au lieu que lorsqu'il s'agissait du legs d'un objet fait d'abord purement et simplement à l'un, et ensuite à un autre sous condition, par forme de translation, cette translation, et par conséquent la révocation qu'elle renfermait, étant conditionnelle, le premier légataire n'était privé du legs qu'autant que la condition venait à s'accomplir, à moins qu'il ne fût établi que le testateur avait voulu à tout événement révoquer le premier legs; mais c'eût été à l'héritier à faire la preuve. Telle est la décision d'Ulpien, dans la loi 7, ff., *de adimendis vel transf. legatis* (1). Et Julien, dans la loi suivante, appliquant ce principe, dit que si le second légataire meurt avant le testateur, le premier légataire conserve le legs. En un mot, la translation étant conditionnelle, la révocation elle-même n'avait que des effets conditionnels, elle transformait le premier legs, fait purement et simplement, en un legs

(1) Ricard, part. 3, n° 277, *et alibi*, décide qu'il en est de même dans notre droit. Lacombe, au mot *legs*, part. 3, sect. 4, n° 9, le dit pareillement.

sous condition, comme fait sous la condition contraire à celle qui avait été mise au second legs ; tellement que si le premier légataire mourait pendant que la condition imposée au second était en suspend, quoique ce fût après la mort du testateur, il ne transmettait point le legs à son héritier, quand bien même la condition du second legs venait à ne pas s'accomplir. L. 10, *eod. titulo.*

Mais quand il s'agissait de la translation pure et simple, au profit de l'un, du legs fait à un autre, alors il y avait révocation absolue du legs, quand bien même le second légataire aurait été incapable de le recueillir. Entre autres textes, les lois 20 et 24, § 1, au même titre, le décident positivement. A plus forte raison en était-il ainsi quand le second legs ne manquait son effet que parce que le légataire le refusait.

Ces diverses décisions sont fondées en raison, et elles devraient être suivies sous le Code. L'art. 1037, en effet, ne reconnaît expressément de révocation, par suite d'une nouvelle disposition qui n'a pas eu d'exécution, que dans les deux seuls cas où cette exécution a manqué par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par leur refus de recueillir : il ne parle point du cas où c'est par l'inaccomplissement de la condition sous laquelle cette nouvelle disposition a été faite. Dans ce cas, il est vrai de dire que la révocation renfermée dans la translation du legs était elle-même conditionnelle, comme cette translation ; et la condition manquant,

la révocation elle-même a aussi manqué, à moins, comme le dit Ulpien dans la loi 7, ff., § *de adimen. legat.*, précitée, que le testateur n'ait eu la volonté de révoquer à tout événement le premier legs : *nisi fuerit in hoc animo testator, ut omnimodo recessum à primo legato : tunc erit dicendum legatum à primo legatario ademptum.*

On ne peut pas dire en effet qu'il y a incompatibilité entre les deux dispositions, puisque l'une est pur et simple, et que l'autre n'a été faite que sous condition ; or, l'art. 1037 se réfère évidemment au cas prévu à l'article précédent, à celui où la révocation résulterait de l'incompatibilité des dispositions, par la translation, au profit de l'un, de l'objet légué auparavant à un autre. La décision des jurisconsultes romains doit donc être pareillement suivie chez nous, parce qu'elle n'a rien que de très raisonnable, et qu'elle ne tient point à quelque principe que nous n'aurions pas admis.

452. Si un legs a été fait purement au profit de Paul, et que par une autre disposition, contenue dans le même testament, ou dans un testament postérieur, le testateur lui ait légué le même objet sous condition, le premier legs est révoqué par le second, qui ne sera dû lui-même qu'autant que la condition s'accomplira. Car il est clair que l'intention du testateur a été de substituer la seconde disposition à la première (1).

(1) L. 9, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

Vice versâ, si c'est le second legs qui est pur et simple, le premier est révoqué, et remplacé par le second.

A moins, dans les deux cas, que l'intention du testateur n'eût été de faire deux legs, ce qui ne se présumerait pas facilement.

453. Si, par mon testament, je charge Titius, l'un de mes héritiers, de payer le legs que je fais à Sempronius, et que par une nouvelle disposition, contenue soit dans le même acte, soit dans un acte postérieur, je mette le même legs à la charge de Seïus, il y a révocation du legs fait sur Titius, et translation à la charge de Seïus (1).

454. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 6 ff., *de adimend. vel transf. legatis*, dit que la translation des legs peut se faire de quatre manières : 1° en léguant à l'un ce qu'on avait d'abord légué à un autre ; 2° en chargeant de l'acquittement d'un legs une autre personne que celle qui en avait été chargée d'abord, comme dans l'espèce ci-dessus ; 3° en léguant au même légataire une chose à la place de celle qui lui avait été primitivement léguée, *cùm res pro re datur* ; et 4° en lui léguant sous condition ce qui lui avait été légué purement. Et nous ajouterons, avec Vinnius, 5°, en lui léguant purement ce qui ne lui avait été légué primitivemént que sous condition.

---

(1) L. 6, ff. *de adimend. vel transf. legât.*

435. Il y a aussi révocation tacite résultant de l'interprétation de la volonté du défunt, par cela seul qu'une disposition a été révoquée, quand cette dernière était évidemment corrélative avec la première. Par exemple, un testateur avait institué deux héritiers, et légué à l'un d'eux un fonds par préciput; il avait ensuite légué à l'autre une créance sur un tiers, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur du fonds légué au premier: depuis le testament, et sans avoir eu aucun sujet d'animadversion contre le premier pré-légataire, il a aliéné le fonds légué; Papinien décide (1) que l'autre héritier ne peut réclamer le legs de la créance, parce que ce legs ne lui avait été fait qu'en considération du legs du fonds fait à l'autre, dans la vue d'établir l'égalité entre les deux héritiers; et ce serait aller contre les vues du testateur, que de donner effet à l'un des legs quand l'autre n'en a pas. Ricard (2) adopte cette décision.

456. Le bénéfice de la révocation d'un legs profite, en général, à celui ou à ceux qui eussent été tenus de l'acquitter, sauf ce que nous dirons plus loin pour le cas où il y a lieu au droit d'accroissement entre les légataires.

Ainsi, dans l'hypothèse où c'eût été les héritiers légitimes, ils sont affranchis du paiement du legs révoqué.

---

(1) L. 25, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

(2) Part. 3, n° 253.

Si ce legs eût été à la charge d'un legs universel, ce dernier legs serait d'autant moins diminué, par l'effet de la révocation ; et quand bien même il y aurait des héritiers à réserve, ce serait le légataire universel seul qui profiterait de cette révocation, puisque la réserve ne s'accroîtrait pas pour cela, et que le legs universel comprend tout, moins la réserve, quand il y en a une.

Dans l'espèce d'un legs universel en concours avec un legs à titre universel, la révocation de celui-ci laisse pareillement le legs universel intact ; et il en serait de même si le legs à titre universel demeurait sans exécution par l'incapacité du légataire, son refus de recueillir, ou l'inaccomplissement de la condition sous laquelle il aurait été fait. Les héritiers légitimes ne pourraient prétendre, dans aucun cas, que le legs universel a été transformé en legs à titre universel par le legs de cette dernière espèce, et en conséquence que la révocation ou la caducité de ce dernier legs doit leur profiter ; elle profite au contraire au seul légataire universel, en ce sens que son legs qui pouvait être diminué du montant du legs, à titre universel, ne l'a pas été : *quem sequuntur incommoda, eumdem debent sequi commoda.*

Par l'effet des mêmes principes, si le testateur a fait à l'un le legs à titre universel de ses immeubles, par exemple, et à l'autre le legs particulier de tel immeuble, et que ce dernier legs ait été révoqué, ou que le légataire soit incapable, ou refuse de re-

cueillir, ou n'accomplisse pas la condition qui lui a été imposée, le legs des immeubles en général, qui devait être diminué par le legs particulier, ne le sera pas.

Enfin la révocation ou la caducité d'un legs particulier peut quelquefois profiter à un légataire aussi à titre particulier : par exemple, si j'ai légué à Paul toutes mes maisons, ou tous mes chevaux, et à Philippe une de mes maisons ou un de mes chevaux, et que ce dernier legs ait été révoqué, que le légataire n'ait pu ou n'ait pas voulu le recueillir, le legs particulier de toutes les maisons ou de tous les chevaux, qui devait être diminué du legs plus spécial encore de l'une des maisons ou de l'un des chevaux, ne le sera pas.

457. Dans le droit romain, l'abandon du testament par l'héritier institué grevé de legs ou de fidéicommis particuliers, rendait ces legs et ces fidéicommis caducs : les héritiers *ab intestat* n'étaient point tenus de les acquitter (1), à moins toutefois que l'héritier institué ne fût aussi appelé à la succession légitime, et qu'il ne l'acceptât plutôt à ce titre qu'en vertu du testament. Alors le Préteur donnait action contre lui aux légataires et aux fidéicommissaires. Il y a même au Digeste un titre spécial contenant les décisions relatives à ce cas (2).

Mais on n'a point admis, dans notre droit fran-

---

(1) L. 17, ff. *si quis omissâ causâ testamenti*, etc.

(2) Celui ci-dessus.

çais, que la répudiation du testament par l'héritier ou le légataire universel ou à titre universel, pût faire évanouir les autres dispositions testamentaires. Ceux qui recueillent les biens, à défaut des hétitiers institués ou des légataires grevés eux-mêmes de legs, sont tenus d'acquitter ces legs, de la même manière que ceux qui en avaient été chargés par le défunt, et cela est bien plus rationnel. En sorte que même l'Etat, à défaut de parens légitimes, devrait les acquitter, en prenant les biens.

468. Toute aliénation, même celle par vente avec faculté de rachat ou par échange, que fait le testateur, de tout ou partie de la chose léguée, emporte révocation du legs pour tout ce qui a été aliéné, encore que l'aliénation soit nulle et que l'objet soit rentré dans la main du testateur (article 1038).

Dans le droit romain, l'aliénation de la chose léguée n'emportait révocation qu'autant que le testateur avait aliéné sans nécessité ou besoin pressant, *nullâ necessitate urgente*, ce qui s'estimait d'après les circonstances; mais quand il avait aliéné *urgente necessitate*, par exemple pour payer des créanciers qui le pressaient, ou pour cause d'utilité publique, l'estimation de la chose était due au légataire, et la chose elle-même, si elle était rentrée dans la main du testateur, et s'y trouvait encore au moment de sa mort (1).

---

(1) L. 11, § 12, ff. *de legat.* 3°; et L. 18, ff. *de adim. vel transf. legat.*

En général, dans notre ancienne jurisprudence, il n'y avait guère que la cession forcée pour cause d'utilité publique qui n'emportât point révocation du legs.

759. Aujourd'hui le legs est révoqué d'une manière absolue, quelle que soit la cause de l'aliénation : et il en serait probablement de même quoiqu'elle n'eût eu lieu que sous une condition qui serait venue à défaillir. Car si l'on disait que, dans ce cas, c'est comme si elle n'avait pas eu lieu, on répondrait qu'il en est bien ainsi dans l'hypothèse d'une vente à réméré, quand le testateur a exercé le rachat, puisque la vente est censée n'avoir pas existé. (Art. 1183 et 1673.) Cette décision n'est point contraire à ce qui a été dit précédemment, que la translation conditionnelle, au profit de l'un, du legs fait à un autre, n'opère révocation qu'autant que la condition vient à s'accomplir ; car une aliénation conditionnelle, même par donation, diffère d'une translation conditionnelle du legs à une autre personne, en ce qu'elle est irrévocable ; d'où l'on peut conclure que l'intention du testateur a été de révoquer le legs en la faisant ; au lieu qu'un second legs n'est pas une aliénation. Toutefois, nous avouerons que la question est susceptible de doute, et que la solution pourrait dépendre des circontances, et surtout de l'espèce de condition sous laquelle l'aliénation aurait été faite.

460. Quand le testateur a été interdit pour cause

de démence depuis qu'il a fait son testament, et que, pour payer des dettes, un immeuble, qu'il avait légué, a été aliéné, il y a quelque doute sur le point de savoir si cette aliénation emporte révocation ; car l'intention du testateur ne se montre pas dans ce cas comme elle se montre lorsque c'est lui-même qui aliène l'objet qu'il a légué. D'ailleurs les parens qui ont peut-être connaissance du testament ont généralement intérêt à désigner cet immeuble pour être vendu de préférence. Néanmoins on doit regarder cette aliénation comme opérant aussi révocation, attendu que le tuteur, en remplissant les conditions prescrites par la loi, est censé représenter le propriétaire; c'est comme si celui-ci eût aliéné en état de pleine capacité.

461. Au surplus, la donation de l'objet légué, qui pourrait être annulée ou rescindée, ne révoque pas le legs lorsqu'elle est faite au profit du légataire lui-même; par exemple, lorsque le testateur transmet la même chose au légataire par une donation déguisée sous la forme d'une vente, ce n'est pas là une aliénation révocatoire du legs dans le sens de l'art. 1038 (1).

Si donc la donation se trouvait nulle par quelque cause, le legs recevrait son effet, s'il n'avait point été révoqué, « attendu, dit l'arrêt de cassation pré- « cité, que la disposition de l'art. 1038, qui déclare

(1) Arrêt de cassation du 6 juin 1814. Sirey, 1814-1-215.

« le legs révoqué par l'aliénation postérieure de la « chose léguée, est évidemment fondée sur la pré- « somption légale d'un changement de volonté de « la part du testateur, mais que cette présomption « cesse de plein droit lorsque l'aliénation est faite « au profit de la personne même du légataire. »

472. Si le testateur a légué à Paul la créance qu'il avait sur Pierre, et qu'il en ait exigé le montant, le legs est révoqué (1) : il n'y a plus d'objet légué.

Par la même raison, le legs de la libération fait par le créancier à son débiteur est révoqué si le créancier a exigé le paiement de la dette (2).

Il en est de même, dans les deux cas, si le testateur est mort après avoir formé sa demande en paiement de la dette ; car alors la présomption de révoquer le legs a la même force que lorsqu'il a réellement reçu le paiement. Les retards apportés par le débiteur, ou les délais de l'instance, ou de l'exécution du jugement, ne doivent pas faire revivre un legs qui était révoqué (3).

Mais, dans l'un et l'autre cas, la réception de partie seulement de la créance, sans demande en paiement, ne suffirait pas toujours pour faire induire une révocation du legs pour le total ; la so-

(1) § 21, Instit. *de legat.*

(2) L. 7, § 4, *de liberat. legat.*

(3) Voët, ad Pandect., *tit. de legatis vel fideicom.*, n° 23.

lution de la question dépendrait beaucoup des circonstances du fait ; et même, en général, on devrait décider qu'il n'y a révocation que jusqu'à concurrence de ce qui a été reçu.

493. Lorsqu'un legs est laissé sous la condition de faire quelque chose, par exemple de compter cent à un tiers, et que le testateur a lui-même compté les cent à la personne, le droit romain (1) décide que le legs est caduc, parce que la condition a défailli. Ricard(2) admet aussi cette décision dans notre droit, attendu, dit-il, que le testateur qui avait mis la condition au legs a détruit le legs, en détruisant la condition. Cette raison n'est point du tout concluante : le testateur a fort bien pu, en comptant les cent au tiers, avoir une tout autre intention que celle de révoquer le legs ; des motifs raisonnables ne seraient pas difficiles à trouver ; aussi la solution de la question dépendrait-elle beaucoup des circonstances du fait.

474. Les jurisconsultes romains voyaient aussi révocation du legs dans le changement de forme que le testateur avait fait subir à la chose léguée, lorsque la nouvelle espèce ne pouvait être ramenée à sa première forme : comme de la laine dont on aurait fait du drap (3). C'était à peu près comme

(1) L. 72, § 7, ff. *de condit. et demonst.*

(2) *Des dispositions conditionnelles*, n° 436.

(3) L. *Lana*, 88, *in princip.*, et § 1, *de ff. legat.* 3°.

si le testateur eût détruit l'objet du legs, auquel cas ce legs est éteint sans le moindre doute. Cependant, les jurisconsultes étaient loin d'être d'accord sur l'extinction du legs pour cette cause. Les sectes étaient divisées sur ce point, par suite de leurs dissidences sur la matière de l'*accession* et de la *spécification*. Nous n'entrerons pas dans le détail de ces controverses; cela serait peu utile : nous dirons seulement que, chez nous, et en l'absence de circonstances propres à rendre manifeste la volonté du testateur, l'on devrait, en général du moins, s'attacher aux règles établies dans le Code sur le droit d'accession relatif aux choses mobilières; et l'on déciderait, en conséquence, que la chose serait due au légataire, lorsque la main-d'œuvre ne surpasserait pas tellement la valeur de la matière, qu'elle dût être regardée comme étant la chose principale; dans le cas contraire, que le legs est éteint, révoqué (articles 570 et 571 par argument); le tout, sauf la preuve de l'intention du testateur.

Il y aurait aussi à distinguer si c'est lui ou si c'est un tiers, sans sa participation, qui a fait subir à la chose léguée la nouvelle forme. Quand ce serait un tiers, le légataire aurait les droits du défunt, ni plus ni moins.

465. Si le testateur a simplement imposé des charges sur la chose léguée, comme un usufruit, un droit d'usage, ou une servitude, le légataire ne peut la réclamer que dans l'état où elle se trouve à

la mort du testateur; et si c'est par un testament postérieur qu'il a établi ces charges, le legs de l'immeuble se trouve aussi révoqué d'autant.

Si les charges avaient été léguées par un premier testament, et que l'immeuble eût été légué par un testament postérieur sans mention des charges, il n'y aurait pas nécessairement révocation, parce qu'il n'y aurait pas nécessairement incompatibilité des deux dispositions. La question de révocation dépendrait donc des circonstances du fait.

466. Le Code est muet sur la révocation qui résultait, dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence, de ce que le testateur avait anéanti, détruit, déchiré, biffé son testament; mais le simple bon sens indique toutefois qu'on n'a point entendu rejeter cette preuve du changement de volonté du défunt.

Ainsi, quand il a brûlé, déchiré, ou même simplement biffé en totalité son testament olographe, il est clair qu'il a voulu que ses dispositions n'eussent aucun effet, et généralement même elles ne pourraient en avoir : dès qu'il n'y a plus d'acte, il n'y a plus de testament.

467. S'il n'a biffé ou raturé que quelques-unes des dispositions seulement, en laissant intactes et la date et la signature, le testament vaut pour le surplus (1).

---

(1) LL. 2 et 3, Cod. *de his quæ in testam. delentur.*

468. Et s'il y avait plusieurs exemplaires du testament, et que l'un d'eux eût été conservé, la lacération des autres ne serait point une preuve que l'intention du testateur a été de révoquer ses dispositions, Il a pu regarder ces exemplaires comme inutiles.

469. Il faut en dire autant, par la même raison, du cas où il aurait biffé l'expédition de son testament par acte public ; on ne pourrait rien inférer de ce fait, puisque la minute étant chez le notaire, il a dû naturellement penser qu'il serait facile à ses légataires d'en lever une autre expédition. En tout cas, cette cancellation ne suffit pas pour témoigner de son intention de révoquer les dispositions du testament.

470. Si, par le fait, son testament mystique se trouve en sa possession au moment de sa mort, ce que permet de supposer l'art. 916 du Code de procédure (1), et qu'il ait rompu l'enveloppe, ou même

(1) On se rappelle que nous avons décidé plus haut, n° 61, en nous appuyant aussi d'un Avis du Conseil-d'Etat, que les notaires ne devaient pas recevoir en brevet les testamens par acte public, ni relâcher la minute du testament, même sur un reçu du testateur. Mais quant aux testamens mystiques, les notaires ne les *reçoivent* pas comme actes de leur ministère ; ils dressent seulement un acte de suscription, qui n'est pas le testament. Il n'y a donc pas ce qu'on appelle une *minute*, et par conséquent la loi de ventôse an XI ne nous paraît pas s'opposer, comme pour les testamens par acte public, à ce que les notaires remettent le testament mystique au testateur, soit aussitôt après avoir dressé l'acte de suscription, soit postérieurement. Tel était l'usage anciennement, et l'art. 916 du Code de procédure paraît avoir été rédigé sous l'influence de cet usage, car il se sert d'expressions qui conviennent parfaitement au testament mystique, puisqu'elles sont

simplement le sceau, le testament est détruit comme testament mystique. Mais s'il est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur, il vaut encore comme olographe ; car la destruction de l'enveloppe peut très-bien s'expliquer par le désir qu'a pu avoir le défunt de relire ses dispositions, dont le souvenir s'était peut-être effacé de son esprit, ou affaibli, sans qu'on doive en conclure qu'il a entendu révoquer le testament lui-même, puisqu'au contraire il l'a laissé subsister, pouvant l'anéantir.

471. S'il est arrivé quelque accident au testament, ce sera au juge à apprécier les circonstances du fait, et surtout à voir si l'on peut encore reconnaître d'une manière sûre les volontés du défunt (1).

472. Et si c'est par le fait des héritiers, ils en seront responsables, suivant ce qui a été dit plus haut (n° 48) en traitant du testament olographe.

---

presque identiquement les mêmes que celles employées par l'art. 976 du Code civil : *Un testament ou autres papiers cachetés..... la forme extérieure, le sceau et la suscription,* s'il y en a....., paraphera *l'enveloppe,* etc. M. Grenier ne pense cependant pas que les notaires puissent se dessaisir des testamens mystiques, pas plus que des testamens par acte public. M. Toullier, au contraire, décide qu'ils peuvent remettre les uns comme les autres au testateur ; et pour nous, nous croyons qu'ils ne peuvent tout au plus remettre que les premiers, et nous ne nous déterminons encore, à l'égard de ceux-ci, que parce que la loi de ventôse leur semble moins applicable, et en outre parce que l'art. 916 du Code de procédure paraît avoir supposé le maintien des anciens usages en ce qui concernait ces testamens.

(1) L. *penult.*, Cod. *de testam.* Vinnius, sur le § 2, Instit. *quib. modis testam. infirm.*

473. La survenance d'enfans au testateur révoque-t-elle ses dispositions ?

Dans le droit romain, la survenance d'un enfant révoquait le testament, quand bien même le testateur avait d'autres enfans au moment où il testait, si cet enfant n'avait pas été institué ou exhérédé (1). Mais le Préteur donnait à l'héritier institué la possession des biens *secundùm tabulas*, si l'enfant dont la naissance avait révoqué le testament était venu à mourir avant le testateur (2).

On convient généralement que, dans notre législation, lorsque le testateur a des enfans au moment où il fait son testament, cet acte n'est point révoqué pas la survenance de nouveaux enfans, puisqu'une donation entre-vifs elle-même ne le serait pas.

On convient aussi que, lors même qu'il n'y aurait pas d'autres enfans, si le testateur a connu la naissance de celui qui lui est survenu depuis son testament, ou la grossesse de sa femme, assez à temps pour pouvoir révoquer le testament, et qu'il ne l'ait pas fait, c'est une preuve qu'il a entendu maintenir ses dispositions. Ce point, qui avait fait anciennement quelque difficulté, a été jugé en ce sens par l'arrêt dit *de la Poupelinière*, rendu par le parlement de Paris, le 12 mars 1764 (3). On a aussi

(1) *Vide* § 1, Instit. *de exhered. liber.*

(2) L. 12, ff. *de injusto, rupt. irrit. testam.*

(3) Que l'on trouve dans l'ancien Denizart, v° *révocation des testamens*, n° 3.

jugé la même chose au parlement de Rouen, le 20 décembre 1725 (1); et ces deux arrêts ont été vainement attaqués en cassation devant l'ancien Conseil-d'État.

Il n'y a en effet aucune parité entre le cas d'un testament et celui d'une donation entre-vifs. Dans le premier, le testateur peut librement d'étruire ce qu'il a fait, tandis que dans le second il ne le peut pas. La loi a donc dû venir à son secours dans celui-ci, sans révoquer pour cela les dispositions testamentaires.

Il est même à remarquer que dans l'affaire *la Poupelinière*, le parlement a jugé *en droit*, à la majorité de seize voix contre dix, et a confirmé la sentence du Châtelet, rendue sur le fondement qu'aucune ordonnance n'appliquait aux dispositions testamentaires ce genre de révocation portée pour les donations. La jurisprudence antérieure, fondée sur le droit romain, était cependant contraire, ainsi que l'opinion des auteurs et des avocats-généraux. On prétendait, il est vrai, que le sieur de la Poupelinière avait connu la grossesse de sa femme, pendant sa maladie, qui dura environ dix jours; mais le parlement n'en a pas moins jugé en droit.

474. Mais lorsque le testateur n'a pas connu avant sa mort la naissance de l'enfant, ou la grossesse de

---

(1) L'arrêt est rapporté par l'annotateur de Ricard, dans ses additions sur la sect. 4 du chap. 5. *des donations*, part. 3.

son épouse, quelques personnes pensent que les dispositions doivent être annulées, sauf au juge à ordonner l'exécution de celles qui, d'après les circonstances, seraient jugées telles que l'on pût présumer que le testateur les aurait toujours faites lors même qu'il aurait connu la naissance ou la grossesse.

On invoque, pour le décider ainsi, la loi 36, § 2, ff. *de testam. militis*, qui fournit, dit-on, un argument d'autant plus puissant, que les testamens des militaires étaient extrêmement favorables chez les Romains, et cependant on décidait que le testament du militaire, dans ce cas, ne devait point recevoir son exécution.

Si l'on devait déclarer le testament sans effet, par parité de raison, il faudrait également décider qu'il doit rester sans exécution lorsque le testateur l'a fait dans un temps où il avait bien à la vérité un enfant, mais qu'il le croyait mort, tandis que cet enfant était prisonnier chez l'ennemi ou retenu par des pirates, et n'a reparu qu'après le décès de son père.

Cependant, ni dans l'un ni dans l'autre cas les tribunaux ne seraient autorisés par aucune loi en vigueur à prononcer la nullité des dispositions : l'enfant aurait seulement sa réserve, et comme elle est plus considérable que dans les anciens principes, c'est encore une considération qui affaiblit les argumens que l'on voudrait tirer du droit romain, pour prétendre que le testament doit rester sans

effet. Il n'appartient pas aux juges de créer des nullités ou des causes de révocation; or, le Code civil ne fait aucune mention de celle dont il s'agit. C'est peut-être une lacune dans la loi, mais ce n'est point aux tribunaux à la combler; l'art. 4 ne les y autoriserait pas, ce nous semble : *dura lex, sed tamen est lex.*

475. Jusqu'à présent nous n'avons parlé de la révocation qu'en tant qu'elle résulte de la volonté du testateur, mais elle peut aussi avoir lieu par le fait du légataire :

Ou parce qu'il n'a pas rempli les charges qui lui étaient imposées;

Ou parce qu'il s'est rendu *indigne* du bienfait, pour avoir attenté aux jours du testateur, ou s'être rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves (1);

Ou enfin pour avoir fait une injure grave à sa mémoire.

Les art. 1046 et 1047 portent : « Les mêmes « causes qui, suivant l'art. 954 et les deux pre- « mières dispositions de l'art. 955, autoriseront la « demande en révocation de la donation entre-vifs, « seront admises pour la demande en révocation « des dispositions testamentaires.

« Si cette demande est fondée sur une injure

(1) *Voy.* au tome précédent, nos 537 à 553, ce qui a été dit sur ces faits.

« grave faite à la mémoire du testateur, elle doit « être intentée dans l'année, à compter du jour du « délit. »

476. Il n'est toutefois pas douteux que si le testateur a pardonné l'injure que le légataire lui avait faite, la révocation ne soit couverte (1); mais ce serait au légataire, contre qui le fait d'injure serait prouvé, à établir de son côté la réconciliation par des preuves évidentes; par exemple, en produisant des lettres du testateur qui attesteraient qu'il lui a réellement fait remise de l'offense, ou un acte de libéralité fait à son profit par ce dernier postérieurement à l'injure, etc.

477. Et s'il s'était écoulé un certain temps depuis le délit jusqu'à la mort du testateur, sans que ce dernier eût révoqué le legs, il résulterait de là une preuve morale qu'il a entendu pardonner l'offense et maintenir la disposition. Cela serait surtout évident si le testateur était détenteur du testament olographe qui la renfermait, puisqu'il pouvait la détruire d'un trait de plume, et même dans tous les cas lorsqu'il savait écrire, vu qu'il pouvait facilement faire un acte de révocation sans recourir au ministère d'un notaire.

Cependant, comme la loi parle seulement de la révocation, sans s'expliquer sur la remise de l'of-

---

(1) *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usquè ad vitæ supremum exitum.* L. 4, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

fense résultant de ce que le testateur aurait vécu plus ou moins de temps depuis qu'elle lui a été faite sans avoir révoqué le legs, il est raisonnable de se décider par analogie de la disposition de l'article 957, relativement à la donation entre-vifs révocable pour cause d'ingratitude du donataire : dans ce cas, si le donateur ne forme pas sa demande en révocation dans l'année du délit ou du jour où il a pu le connaître, il est censé avoir fait remise de l'offense ; c'est sur ce motif que la durée de l'action a été fixée à une année. Par analogie, disons-nous, on devrait décider aussi que si le testateur ne révoque pas le legs pendant l'année du délit, pouvant si facilement le faire, il doit être pareillement censé avoir voulu le maintenir et pardonner l'injure. Telle est du moins notre opinion.

478. Au surplus, si les débiteurs du legs l'avaient payé en connaissance de cause, ils ne pourraient répéter. En exécutant ainsi la volonté exprimée du testateur, ils se seraient rendus non-recevables à pouvoir jamais attaquer la validité du legs pour cause d'indignité du légataire.

479. L'art. 1046 parle d'une *demande* en révocation du legs d'une manière générale, et sans en fixer la durée. Ce n'est que pour le cas où le légataire s'est rendu coupable d'une injure grave faite à la mémoire du testateur, que l'art. 1047 dispose que cette demande devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit.

Si c'était pour inexécution des charges mises au legs que la révocation eût lieu, elle pourrait incontestablement être demandée pendant trente ans, attendu qu'elle ne serait plus qu'une sorte d'action *sine causâ, seu causâ datâ, causâ non secutâ,* dont la durée est la même que dans les cas ordinaires, c'est-à-dire de trente ans ; et les trente ans ne commenceraient à courir que du jour où le légataire aurait cessé de remplir les charges ; par exemple, si c'était une rente, du jour où il aurait cessé de la servir.

Mais quand il s'agit de délit ou d'injure commis envers le testateur, il y a plus de difficulté. La première rédaction de l'art. 1047 présentée au Conseil-d'Etat contenait deux parties, et était ainsi conçue (1):

« Si la demande est fondée sur le fait que le lé-
« gataire était auteur ou complice de la mort du
« testateur, l'héritier doit la former dans l'année du
« jour du décès du testateur, si la condamnation
« du légataire est antérieure ; et à compter du jour
« de la condamnation, si elle est postérieure.

« Si elle est fondée sur une injure grave faite à
« la mémoire du testateur, elle doit être intentée
« dans l'année à compter du jour du délit. »

Mais M. Treilhard fit observer qu'il serait contre l'ordre de laisser un assassin jouir des dépouilles

---

(1) *Conférence du Code civil, avec la discussion particulière du Conseil-d'Etat et du tribunal, avant la rédaction définitive de chaque projet de loi.* Tom, IV, édition de *Firmin Didot ;* 1805.

de sa victime, par cela seul qu'il n'aurait pas été recherché pendant un an.

Et M. Tronchet demanda que l'action en déchéance contre le légataire eût la même durée que l'action en poursuite du crime qu'il a commis.

Sur ces observations, l'on retrancha la première partie de l'article proposé, en maintenant seulement la seconde, telle qu'elle se trouve dans le Code sous le n° 1047.

Il résulte évidemment de là que, dans la pensée du Conseil-d'Etat, l'action en révocation du legs fondée sur le fait que le légataire est auteur ou complice de la mort du testateur ne dure pas seulement une année, comme l'action en révocation d'une donation entre-vifs fondée sur le même fait (art. 957). Mais il faut remarquer aussi que ce n'est que sur ce cas que le Conseil-d'Etat s'est expliqué ; que la disposition dont il a demandé le retranchement ne statuait que sur ce seul cas, en limitant la durée de l'action à une année : d'où il faut conclure que s'il s'agissait seulement de sévices, délits ou injures graves commis par le légataire envers le testateur, et même d'embûches dressées à sa vie, la durée de l'action, dans la main des héritiers, ne serait en principe que d'une année, comme en matière de donation entre-vifs. Il y a d'autant plus de raison de le décider ainsi, que le testateur a survécu au fait dont le légataire s'était rendu coupable envers lui, et qu'ayant maintenu sa disposition, ainsi qu'il faut le supposer pour qu'il y ait lieu à la

question, c'est une circonstance qui milite en faveur de ce légataire, et qui doit au moins faire qu'il ne soit pas traité plus rigoureusement, sous ce rapport, qu'il ne le serait s'il était donataire entre-vifs.

480. Mais, à la différence du cas où il s'agirait d'une donation entre-vifs, le temps qui s'est écoulé depuis le délit jusqu'à la mort du testateur ne serait pas compté contre les héritiers de celui-ci ; tandis qu'il est compté contre les héritiers du donateur, parce qu'ils n'ont absolument que les droits qu'avait leur auteur. Or, du vivant de celui-ci, le temps de l'action en révocation courait : au lieu que le droit de révoquer à volonté appartenant au testateur, on ne peut pas dire que la prescription a commencé contre lui, pour en inférer que ses héritiers n'ont que le surplus du temps.

Si les héritiers ignoraient l'existence du testament ou l'injure faite au testateur, le temps, évidemment, ne pourrait commencer à courir contre eux que du jour où ils en auraient connaissance : *contrà non valentem agere, non currit prescriptio*. Les règles sur le point de départ de la durée de l'action en nullité pour erreur ou dol, ainsi que celles relatives au cours du délai durant lequel on peut exercer la requête civile pour pièces découvertes ou dol de la partie adverse (art. 1304 Cod. civ. et 488 du Code de procéd.) fourniraient des argumens irrécusables pour le décider ainsi.

Et si le legs était sous une condition suspensive non accomplie du vivant du testateur, il faudrait pareillement décider que le temps pour le faire révoquer ne commence à courir contre ses héritiers qu'à partir du jour de l'accomplissement de la condition ; car jusque là le droit du légataire n'était point ouvert : il pouvait devenir caduc par l'inaccomplissement de la condition ; les héritiers n'avaient donc pas à agir.

481. Il reste encore à examiner un point.

Lorsque le testament se trouve exécuté à l'égard du légataire qui s'est rendu indigne, soit parce qu'il s'agissait d'un legs universel, qu'il n'y avait pas d'héritiers à réserve et que le légataire, saisi en vertu de l'art. 1006, s'est mis en possession des biens ; soit parce que les héritiers ont fait la délivrance de tout autre legs dans l'ignorance du fait d'injure ; soit enfin parce que depuis la délivrance le légataire a fait une injure grave à la mémoire du testateur : dans tous ces cas il est clair que la révocation ne peut s'exercer que par voie *d'action.* Elle consiste dans la demande en restitution des biens, et cette action doit être intentée dans les délais ci-dessus expliqués.

Mais lorsque le legs n'a point été exécuté, les héritiers sont-ils également obligés *d'agir* dans ces mêmes délais, pour faire prononcer la révocation ou déchéance ? ou peuvent-ils toujours opposer au légataire, à quelqu'époque qu'il se présente,

l'exception tirée du fait d'injure, pour repousser sa demande en délivrance du legs : en sorte que le droit de demander cette révocation ou déchéance durerait autant que l'action du légataire, à laquelle elle serait inhérente, par conséquent tout le temps de la prescription ordinaire, ou de trente ans, par application de l'ancien adage : *quæ temporaria sunt ad agendum, perpetua sunt ab excipiendum* (1)?

En faveur de cette dernière opinion l'on peut dire que les mots *demande en révocation* ont été employés *lato sensu* dans l'art. 1046 : aussi bien pour exprimer la révocation *demandée* par voie d'exception opposée à l'action du légataire, que la révocation demandée par voie d'action principale formée par les héritiers. On peut dire, en outre, que ces héritiers ne sont pas censés connaître le légataire tant qu'il ne se fait pas connaître lui-même par sa demande en délivrance; que peut-être se rendant justice, il ne réclamera pas le legs, qu'il est peut-être incapable de le recueillir sous d'autres rapports, que ce legs enfin a pu devenir caduc pour d'autres causes. Or, dans toutes ces hypothèses, une demande en révocation ou déchéance pour cause d'indignité serait évidemment superflue, et il est probable que le législateur n'a point entendu obliger le débiteur du legs à la former, pour

---

(1) Nous verrons dans la suite si l'effet de cet adage a été adopté par le Code, au moins implicitement.

être dispensé d'exécuter une pareille disposition.

Ces raisons sont sans doute très fortes; néanmoins, d'un autre côté, l'on peut dire que le légataire pur et simple est saisi du droit, en vertu de l'art. 1014, dès la mort du testateur; qu'il est propriétaire de la chose léguée, à partir de cette époque; or, pour le dépouiller de ce droit, quand le testateur lui-même n'a pas révoqué le legs, il faut établir l'indignité, car elle n'enpêche point l'effet de cette saisine. Les héritiers sont donc toujours nécessairement demandeurs en déchéance ou révocation; donc ils doivent faire valoir leur prétention dans les délais ordinaires. On l'a si bien entendu ainsi dans la discussion rapportée ci-dessus, que, voulant étendre la durée de l'action pour le cas où le légataire est auteur ou complice de la mort du testateur, on a dit qu'elle serait la même que celle de l'action criminelle. Or, cela eût été bien superflu dans la plupart des cas, c'est-à-dire dans tous ceux où le legs n'aurait pas encore été exécuté dans l'année (et il est difficile de supposer qu'il le soit en pareil cas), puisque l'exception qu'auraient eue les héritiers, dans le système combattu, aurait pleinement suffi pour faire tomber le legs; elle eût même été bien plus avantageuse encore pour eux, vu qu'ils auraient pu la faire valoir à toute époque; tandis que l'on a seulement entendu prolonger, dans ce cas, la durée de la demande en révocation.

482. Cette action appartient à ceux qui étaient

chargés du legs; c'est à eux qu'elle profite, comme lorsque c'est le testateur qui a révoqué lui-même. Les héritiers du sang n'y pourraient rien prétendre dans le cas où le legs révocable n'était point à leur charge, mais à celle d'un légataire universel, par exemple.

§. II.

De la nullité et de la caducité des dispositions testamentaires.

483. Les dispositions testamentaires peuvent aussi manquer de sortir leur effet pour d'autres causes que celles que nous venons d'expliquer. Nous allons les retracer rapidement. Ce qui a été dit précédemment nous dispense d'entrer dans de plus grands développemens à ce sujet.

484. Ainsi, 1° les legs sont *nuls* par la nullité de l'acte testamentaire qui les renferme (art. 1001).

485. 2° Ils sont pareillement nuls lorsque le testateur n'avait pas la capacité de disposer au moment où il a fait son testament, ou au moment où il est mort (1).

486. 3° Le legs est caduc lorsque le légataire n'a pas survécu au testateur (art. 1039); et c'est à ceux qui réclament le legs du chef du légataire à prouver qu'il lui a survécu (art. 135.) (2). En sorte

(1) *Voy.* tome précédent, chap. 2, sect. 1re.

(2) *Vide* tom. Ier, n° 537.

même que les présomptions de survie tirées de l'âge ou du sexe, et consacrées en matière de succession *ab intestat* par les art. 720, 721 et 722, pour établir, à défaut de preuves ou de circonstances du fait, quelle est celle de plusieurs personnes qui ont péri dans le même événement qui a survécu à l'autre, ne peuvent être invoquées par les représentans du légataire; elles ne sont point applicables en matière de dispositions testamentaires (1). Celui qui réclame le legs comme échu au légataire, doit toujours prouver *que ce dernier a survécu au testateur.* Il ne suffit pas qu'on ne puisse prouver contre lui que le légataire est mort avant le disposant; il doit prouver lui-même qu'il lui a survécu.

487. 4° Le legs est pareillement caduc si le légataire est mort avant l'accomplissement de la condition dont le testateur avait fait dépendre l'effet du legs (art. 1040).

488. 5° Ou si la condition a défailli (*ibid.*); et c'est au légataire à prouver qu'elle s'est accomplie.

489. 6° Il est de même caduc lorsque le légataire est incapable de le recueillir (art. 1043); et le légataire doit être capable au moment de la mort du testateur, si le legs est pur et simple; ou au moment de l'accomplissement de la condition, s'il est conditionnel (2).

---

(1) *Voy.* tom. VI, n° 48 et suiv.

(2) *Voy.* tom. précédent, chap. 2, sect. 2, et *suprà*, n° 311.

490. 7° Le refus du légataire de recueillir la disposition testamentaire la rend pareillement caduque (*ibid.*).

491. 8° Le legs peut demeurer sans effet en tout ou partie par suite de la réduction pour fournir les réserves (art. 925 et 926).

492. 9° Enfin il est également caduc par la perte totale de la chose léguée arrivée pendant la vie du testateur.

Il en est de même si la chose a péri depuis sa mort sans le fait *ou* (1) la faute de l'héritier, quoique celui-ci eût été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût dû également périr entre les mains du légataire si elle lui avait été livrée (art. 1042).

Ainsi, dans le cas du legs d'un bœuf désigné, qui est mort par quelque cause que ce soit pendant la vie du testateur, le legs est caduc ; rien n'est dû, ni le cuir ni la chair (2).

493. Il en est de même d'un navire légué et qui aurait été démonté pendant la vie du testateur, les matériaux n'en seraient pas dus (3).

---

(1) L'art. 1042 dit sans le fait *et* la faute, mais il faut : le fait *ou* la faute, ce qui est confirmé par l'art. 1245 et par ce que nous dirons tout à l'heure sur le cas où l'héritier se serait mis par son *fait*, quoique sans aucune *faute* de sa part, dans l'impossibilité de délivrer le legs.

(2) L. 49, *princip.* ff. *de legat.* 2°.

(3) L. 88, § 2, ff. *de legat.* 3°

Si le navire avait été rétabli avec les mêmes matériaux, comme il serait vrai de dire alors que c'est le même navire (1), il serait dû s'il existait encore lors de l'ouverture du legs ; et les différens radoubs qu'un navire légué aurait éprouvés n'empêcheraient pas que ce ne fût toujours le même navire (2), et en conséquence qu'il ne fût pareillement dû. Enfin, si le testateur n'avait démonté le navire que dans la vue de le reconstruire avec les mêmes matériaux, quoique la reconstruction n'eût pas encore été faite au moment de sa mort, les matériaux ne laisseraient pas d'être dus au légataire.

Si le testateur ayant légué de la laine a fait du drap de cette laine, le legs est éteint (3); et il en est de même si, ayant légué des planches, il a employé ces planches à faire une armoire ou dans la construction d'un navire (4). Dans ces cas, la chose léguée est censée ne plus exister; le legs est révoqué, ainsi que nous l'avons dit en général, précédemment.

494. Nous ne multiplierons pas davantage les exemples, mais nous ferons observer,

1° Que lorsque la chose léguée a péri en totalité

(1) L. 83, § 5 ff. *de verb. oblig.*, et L. 98, § 8, ff. *de solut. et liberat.*

(2) L. 10, § 7, ff. *quib. mod. ususf. amitt.*

(3) L. 88, *princip.* ff. *de legat.* 3°

(4) *Ibid*, § 1.

pendant la vie du testateur, les accessoires, lors même qu'ils existeraient encore, ne seraient pas dus (1).

2° Mais lorsque la chose principale n'a péri que depuis l'ouverture du legs, les accessoires qui seraient conservés seraient encore dus, *quia quod ex re meâ superest, meum est :* or, le legs était acquis avec tous ses accessoires; tandis que dans le premier cas, les accessoires n'auraient été dus qu'en raison de la chose principale, qui elle-même ne l'a pas été.

3° Lorsqu'une maison léguée vient à être détruite par un incendie ou autre cause, même pendant la vie du testateur, le sol est encore dû au légataire (2); tandis que le legs de l'usufruit de la maison serait éteint par la destruction de cette maison (art. 624) (3).

Et si cent bouteilles de vin de telle pièce ont été léguées, et qu'il s'en trouve moins, ce qui reste est dû (4).

4° Quand le legs comprend plusieurs choses distinctes par les individus, comme le legs d'un troupeau, ce qui reste du troupeau à la mort du testateur est dû, n'y eût-il qu'une seule tête (5). On décidait le contraire en droit romain (6) dans

---

(1) § 17, Instit. *de legatis.*

(2) L. 22, ff. *de legat.* 1°.

(3) L. 10, § 1, ff. *quib. mod. ususf. amitt.*

(4) L. 8, § 2, ff, *de legatis* 2°.

(5) § 18, Instit. *de legatis.* L. 22, ff. *de legat.* 1°.

(6) L. *ult*, ff. *quib mod. ususf. amitt.*

le cas du legs de l'usufruit d'un troupeau : le legs était éteint lorsqu'il n'existait plus un nombre de têtes suffisant pour former un troupeau (1), et ce nombre était dix suivant la loix *ult.* ff. *de abigeis.* L'usufruit eût également été éteint si le nombre de têtes s'était diminué pendant la jouissance de l'usufruitier, au point de ne plus former un troupeau : la chose soumise à l'usufruit eût aussi été censée ne plus exister. Mais l'article 616 du Code ne permettrait pas qu'on le décidât ainsi dans notre droit (2).

5°. Si l'héritier a été mis en demeure de délivrer la chose léguée, il répond de la perte, à moins qu'il ne prouve que la chose eût dû également périr chez le légataire au cas où elle lui aurait été livrée, ce qui s'estimerait d'après les circonstances; car si le légataire faisait commerce de choses semblables, et qu'on pût raisonnablement supposer qu'il aurait vendu celle qui lui avait été léguée, l'héritier lui devrait une indemnité, qui serait arbitrée suivant la qualité de la chose et les autres circonstances du fait (3).

6° Si c'est par son fait que le débiteur du legs s'est mis dans l'impossibilité de le délivrer, il en doit le prix, encore qu'il n'y eût aucune faute à lui

---

(1) Nous avons donné la raison de cette différence au tom. IV, n° 688, note 2.

(2) *Vide ibid. dicto* n° 688 et n° 630.

(3) L. 47, § *ult. de legat.* 1°. *Vide quoque* L. 40 *princip.* ff. *de heredit. petitione.*

reprocher, qu'il n'eût pas été mis en demeure et qu'il ne se fût pas enrichi par la disposition de la chose ; par exemple lorsque, dans l'ignorance du testament qui le grevait du legs, il a donné à quelqu'un la chose mobilière qui en était l'objet, ou qu'il a détruit un tableau légué, etc., etc. (1). On ne peut se libérer par son fait au détriment du créancier.

495. Dans les cas de caducité du legs (autres que ceux bien entendu où la chose est venue à périr), la caducité profite, comme la révocation, à celui ou à ceux qui auraient été tenus du legs, et non pas nécessairement aux héritiers légitimes. En sorte que lors même qu'il y aurait des héritiers à réserve, la caducité d'un legs particulier profiterait au légataire universel, puisque, d'après l'art. 1009, c'était ce dernier qui en était chargé (2). Et il en serait ainsi de la caducité d'un legs à titre universel ; ce legs, par l'effet du même principe, resterait dans le legs universel, dont il était une *délibation* (3) ; le tout, sauf le cas de substitution vulgaire, et l'effet du droit d'accroissement, dont nous allons parler au paragraphe suivant.

---

(1) § 16, Instit. *de legat.* L. 12, ff. *de auro, arg. legat.* L. 65, ff. *de legat.* 2°.

(2) *Sic.* jugé en cassation le 20 juillet 1809. Sirey, 1809-1-303.

(3) Ricard, part. 3, n° 501.

§ III.

Du droit d'accroissement entre les légataires et les donataires.

496. Les principes que nous venons de développer sur la révocation et la caducité des dispositions testamentaires ne font point obstacle à ce que ces dispositions reçoivent néanmoins leur plein effet dans certains cas.

Ainsi lorsque le testateur a appelé une autre personne à recueillir l'hérédité ou le legs, pour le cas où l'héritier institué ou légataire ne recueillerait pas, et qu'en effet ce cas s'est réalisé, le tiers recueille le bénéfice de la disposition s'il réunit en sa personne toutes les conditions exigées par la loi, et si en outre la disposition n'a point été révoquée à son égard, ou n'est pas devenue également caduque par rapport à lui. C'est la substitution vulgaire, autorisée par l'art. 898, et dont nous avons parlé au tome précédent, nº 33 et suivans.

497. Dans les cas aussi où il y a lieu au droit d'accroissement, la circonstance que l'un des héritiers institués ou des légataires ne recueille pas le bénéfice de la disposition, soit parce qu'il est incapable, soit parce qu'elle a été révoquée à son égard, soit parce qu'il la refuse, soit parce qu'il est mort avant le testateur, soit enfin parce que la condition qui lui avait été imposée a défailli; cette circonstance, disons-

nous, n'empêche pas non plus que la disposition ne reçoive sa pleine et entière exécution au profit des autres héritiers, ou légataires, si elle n'est pas également devenue caduque par rapport à eux.

498. Le droit d'accroissement est fondé sur la volonté présumée du testateur, qui est censé avoir préféré, quant à la chose léguée, les personnes auxquelles il l'avait pareillement léguée, à ceux qu'il avait grevés de l'acquittement du legs.

499. Mais lorsque le droit au legs s'est ouvert dans la personne de tel ou tel des légataires, ce droit est devenu transmissible à ses héritiers, quand bien même lelégataire est mort avant le partage de la chose, ou même avant toute demande en délivrance (art. 1014), et il ne peut plus être question de l'accroissement en ce qui concerne sa part.

500. Les règles sur cette matière ne reposant que sur des conjectures et des présomptions d'intention du testateur, elles ont toujours été regardées comme fort épineuses et très subtiles. Celles qu'offrent les art. 1045 et 1046 sont loin elles-mêmes d'avoir applani les difficultés. Ces articles sont ainsi conçus :

« Il y aura lieu au droit d'accroissement au profit « des légataires dans le cas où le legs sera fait à plu- « sieurs conjointement.

« Le legs sera réputé fait conjointement lorsqu'il « le sera par une seule et même disposition, et que

« le testateur n'aura pas assigné la part de chacun « des colégataires dans la chose léguée (1044).

« Il sera encore réputé fait conjointement quand « une chose qui n'est pas susceptible d'être divi- « sée sans détérioration aura été donnée par le « même acte à plusieurs personnes, même séparé- « ment (1045). »

501. Ainsi, dans le premier cas, il faut, pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement,

1° Que le legs ait été fait à plusieurs personnes;

2° Que l'une d'elles ne recueille pas;

3° Que le legs ait été fait d'une même chose ou d'une même partie d'une chose;

4° Qu'il l'ait été par une seule et même disposition;

Et 5° enfin que le testateur n'ait pas assigné à chacun des légataires sa part dans la chose léguée.

C'est le cas de la conjonction *re et verbis* des Romains, dont il est parlé dans les lois 89, ff. *de legatis* 3°, et 142, ff. *de verborum significatione*.

Il est au surplus indifférent, dans ce cas, même d'après le Code, que la chose léguée soit divisible ou indivisible, qu'elle soit matérielle ou intellectuelle, et que le legs soit de l'universalité de l'hérédité ou d'un objet particulier.

502. Mais qu'entend-on dans l'article 1044 par *assignation à chacun des légataires de sa part dans la chose léguée*, pour qu'il n'y ait pas lieu au droit d'accroissement ? A-t-on eu en vue seulement le

cas où le testateur leur aurait assigné des parts matérielles dans la chose, comme s'il avait dit : *Je lègue à Primus et à Secundus ma terre de...., à Primus la partie à droite de la route, et à Secundus la partie à gauche?* Non certainement ; car évidemment il y aurait deux legs distincts pour les choses comme pour les personnes, et aucun doute sur l'exclusion du droit d'accroissement ne pouvait s'élever en pareil cas : jamais il n'a été admis dans cette hypothèse (1).

On n'a pas pu non plus avoir en vue le cas seulement où le testateur, tout en unissant les divers légataires par la même proposition, leur aurait néanmoins assigné des parts aliquotes inégales : par exemple à l'un le tiers, et à l'autre les deux tiers. Car, quoiqu'il n'eût point de la sorte divisé lui-même matériellement l'objet légué, il aurait néanmoins divisé la disposition ; il aurait fait plusieurs legs, puisqu'il serait impossible de dire qu'il a donné absolument à chacun des légataires ce qu'il a donné à l'autre, condition cependant exigée pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement. Aussi les lois romaines ne nous offrent-elles point d'exemple d'un cas semblable où ce droit fut admis en matière de legs.

S'il en était autrement en matière d'institution d'héritier, c'était par une raison particulière étrangère à notre législation, c'était parce que personne,

---

(1) *Vide* L. 1, *princip.* ff. *de usuf. accresc.*

à l'exception des militaires, ne pouvait mourir *partim testatus, partim intestatus.*

Les rédacteurs du Code ont donc eu en vue, dans l'exclusion du droit d'accroissement, le cas même où le testateur aurait assigné aux divers légataires d'une même chose, des parts aliquotes semblables, seul cas qui, à raison de la divergence d'opinion sur la matière dont quelques lois romaines avaient été interprétées dans notre ancienne jurisprudence, présentât de véritables difficultés.

Expliquons-nous.

503. D'après la loi 142, ff. *de verb, signif.* précitée, il y a trois cas de *conjonctions* :

1° Celui où les héritiers sont institués par des propositions séparées, et on les appelle *conjuncti re tantùm ;*

2° Celui où ils sont institués par une seule et même proposition, sans assignation de parts, et ils sont dits *conjuncti re et verbis simul, seu mixtim ;*

3° Celui enfin où ils sont institués avec assignation de parts aliquotes : *veluti Titius et Mævius ex parte dimidiâ heredes sunto.* C'est le cas de la conjonction *verbis tantùm* ; et le jurisconsulte Paul, auteur de cette loi, admet aussi le droit d'accroissement dans cette dernière hypothèse. Mais, ainsi que nous venons de le dire, il avait lieu *ex necessitate* en matière d'institution d'héritier, parce que le testateur ne pouvait mourir *partim testatus, partim intestatus,* or, dans cette loi, il s'agit d'institution d'héritier.

Le même jurisconsulte s'exprime toutefois sur le cas de legs dans la loi 89, ff. *de legatis* 3°, et il dit que les légataires sont *cunjuncti*, non par la chose, mais par les termes, *verbis tantùm*, lorsque le testateur leur a légué le même objet avec déclaration de parts égales : *item verbis, non etiam re, Titio et Seïo fundum æquis partibus do, lego*; et il en donne cette raison : *quoniam semper partes habent legatarii.* Mais ce n'est pas là, à proprement parler, une assignation de part à chacun des légataires; c'est simplement une déclaration de volonté qu'ils auront des droits égaux dans la chose léguée : ce n'est point une division de la chose, ainsi que nous allons le démontrer.

Enfin Ulpien, dans la loi 16, § 2, ff. *de legatis* 1°, paraît n'admettre le droit d'accroissement, lorsque le testateur a assigné des *parts viriles* aux légataires, qu'autant que telle a été la volonté du testateur : *Si Titio ei posthumis legatum sit, non nato posthumo, totum Titiùs vindicabit.* Jusque là, ce n'est que le cas de la conjonction *re et verbis simùl*, qui n'offre aucune difficulté; mais le jurisconsulte prévoit aussi celui de la conjonction *verbis tantùm*, c'est-à-dire avec assignation de parts viriles, et il ajoute : *Sed et si testator Titio et posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato posthumo.*

Quelques docteurs ont inféré de ce texte que le droit d'accroissement avait lieu généralement aussi en matière de legs, quoique le testateur eût

assigné des parts viriles (ou aliquotes égales) aux légataires.

Mais Pothier (1), Cujas et plusieurs autres profonds jurisconsultes rejettent cette interprétation. Ils se fondent même sur ce texte, qui, disent-ils, ne statue que sur un cas où le testateur avait manifesté sa volonté que le droit d'accroissement eût lieu. D'où ils concluent que régulièrement il n'était point admis dans cette espèce de conjonction qui résulte seulement de la réunion des légataires dans une seule proposition ou clause, sans qu'il y ait une même chose léguée à chacun d'eux. Car en effet le testateur a ainsi divisé lui-même le droit entre ces divers légataires, en leur donnant des parts viriles, puisque celle qu'il a donnée à l'un n'a point été donnée à l'autre; il a seulement donné à celui-ci une part semblable, et la similitude est exclusive de l'identité. Or, pour qu'il y ait lieu au droit d'accroissement, il faut que tous les légataires aient été appelés à une même chose, soit matérielle, soit intellectuelle, ou à une même part d'une chose.

Et telle était la doctrine généralement suivie dans les pays coutumiers ; c'est celle que les rédacteurs du Code ont entendu faire prévaloir. Comme ce cas était le seul qui donnât lieu à la controverse, c'est principalement celui-là qu'ils ont eu en vue dans notre art. 1044, en disant : « Le legs sera réputé « fait conjointement, lorsqu'il le sera par une seule

---

(1) *Ad Pandectas*, tit. *de legat. et fideic.*, n° 422.

« et même disposition, *et que le testateur n'aura* « *pas assigné la part de chacun des colégataires* « *dans la chose léguée.* »

504. Le principe ainsi reconnu, il s'agit d'en faire une juste application.

D'abord, évidemment il ne s'appliquerait point au cas où le testateur aurait simplement dit : *Je lègue mes biens aux enfans de mon frère* PAR PORTIONS ÉGALES.

La mort de l'un des enfans arrivée avant celle du testateur n'empêcherait pas que la totalité de la chose léguée n'appartînt aux autres, et ceux qui seraient survenus depuis le testament y auraient également droit. N'ayant nommé les enfans de son frère que d'une manière collective, sans désignation spéciale, le legs serait fait uniquement au profit de ceux qui existeraient ou qui seraient conçus au moment de sa mort. Et ce serait moins par l'effet du droit d'accroissement, fondé sur une volonté présumée, que ceux-ci prendraient la part qu'auraient eue les prédécédés, que par la nature même de la disposition, et par l'effet d'une volonté claire et précise. Les enfans seraient censés substitués vulgairement entre eux.

505. Et ce n'est même pas dans tous les cas où les légataires seraient nommés individuellement que la simple mention de parts ferait obstacle au droit d'accroissement ; car cette mention n'empêche pas toujours que le legs ne soit censé fait conjointe-

ment. On doit au contraire distinguer, à cet égard, entre le cas où la déclaration du défunt touchant les parts porte seulement sur l'exécution de la disposition, sur le partage, et le cas où elle porte sur la disposition elle-même (1).

506. Ainsi l'on convient que si il a dit : *J'institue Primus, Secundus et Tertius mes légataires chacun pour un tiers*, il y a trois legs, trois legs à titre universel, par conséquent aucun droit d'accroissement possible.

On convient aussi que la déclaration touchant les parts tomberait sur l'institution elle-même, et serait une véritable assignation de parts dans le sens de l'art. 1044, quoique le testateur eût dit : *J'institue Primus, Secundus et Tertius mes légataires* UNIVERSELS *chacun pour un tiers* (2).

Ou bien, *J'institue chacun pour un tiers légataires de* TOUS MES BIENS, *Primus, Secundus et Tertius*.

Car, au fond, ces deux dispositions, quoiqu'elles aient d'abord l'universalité des biens pour objet en termes formels, ne diffèrent pas de la première, qui est également de tous les biens, puisque rien n'en est est excepté, et que dans toutes trois il y a assignation de parts portant sur l'institution elle-même,

---

(1) C'est ce que nous avons déjà eu occasion d'expliquer, au titre *de l'usufruit*, tom. IV, n° 500.

(2) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Turin, du 23 août 1808. Sirey, 9-2-374.

en tombant sur la chose qui en est l'objet. Il y a donc réellement trois legs dans toutes, trois legs à titre universel, et chacun du tiers des biens, trois legs ayant chacun pour objet une quotité spécialement et formellement déterminée par le testateur lui-même, qui a ainsi divisé sa disposition. Or, comme on l'a déja dit, pour qu'il y ait lieu au bénéfice de l'accroissement, il faut que le légataire qui l'invoque puisse dire que la part vacante lui avait été léguée aussi bien qu'à l'autre légataire. L'expression *universelle*, dont s'est servi le testateur était impropre, et voilà tout.

507. Mais si le défunt n'a point entendu assigner à chacun des légataires sa part dans la chose léguée, pour en faire un legs distinct, s'il s'est borné à déclarer simplement sa volonté qu'il eussent des droits égaux, on ne peut pas dire qu'il a divisé lui-même sa disposition et fait plusieurs legs. C'est ce que la jurisprudence a fort bien su distinguer des cas précédens.

Ainsi, dans une espèce où le testateur avait dit, *J'institue pour mes héritiers généraux et universels le sieur Planté et ses deux sœurs, mes trois neveux, pour par eux jouir et disposer de mon entière hérédité, après mon décès*, PAR PORTIONS ÉGALES, *à leur volonté, en payant mes dettes*, la Cour de cassation (1), réformant une décision de la Cour

(1) *Voy.* l'arrêt du 19 octobre 1808 (Sirey, 9-1-31); la même Cour a consacré de nouveau les mêmes principes, par arrêt de rejet du

d'Agen, a jugé que la déclaration du testateur relative aux parts ne tombait point sur l'institution elle-même, mais seulement sur l'exécution de la disposition, sur le partage, et en conséquence qu'il y avait lieu au droit d'accroissement de la part de l'un des colégataires, qui était venu à mourir avant le testateur, à celles de ses colégataires.

La Cour s'est déterminée par le motif que les trois frères et sœurs *Planté* étaient d'abord institués *héritiers universels* par une seule et même disposition, sans assignation de part à chacun dans cette institution; qu'ils l'étaient pour *par eux jouir et disposer de l'entière hérédité*, ce qui rendait l'institution conjonctive, institution qui, selon la Cour suprême, n'avait point été dénaturée ni altérée par cette addition *par portions égales*, attendu que par là le testateur n'avait point voulu faire trois legs, mais seulement déclarer son intention que ses *héritiers universels*, comme il les avait lui-même nommés, eussent des droits égaux dans le partage; qu'ainsi la mention relative aux parts ne tombait pas sur l'institution

---

18 octobre 1809 (Sirey, 10-1-57), et par arrêt de cassation, le 14 mars 1815. Sirey, 15-1-267.

Dans l'espèce de l'arrêt du 18 octobre 1809, il ne s'agissait pas, il est vrai, du droit d'accroissement, mais seulement de la question de savoir si les légataires étaient tenus, comme légataires à titre universel, de demander la délivrance, et l'on a décidé par la négative; on les a considérés comme légataires universels appelés à un seul et même legs, et comme il n'y avait pas d'héritiers à réserve, on les a déclarés saisis de plein droit, sans être tenus de demander la délivrance, conformément à l'art. 1006.

ou disposition, mais bien uniquement sur l'exécution de cette disposition, sur le partage : comme si le testateur avait simplement voulu établir ce qui devait avoir lieu dans le cas où ses trois légataires *universels* recueilleraient la libéralité, déclaration que le droit commun rendait sans doute superflue, mais qui ne suffisait point pour transformer un legs unique et universel dans la pensée du disposant, en trois legs à titre universel.

La Cour a ainsi rejeté l'application que l'on voulait faire de l'adage *expressa nocent, non expressa non nocent*, et de la règle qui, dans l'espèce, lui donnait de la force, que l'on doit entendre une clause susceptible de deux sens, dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, plutôt que dans celui avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (art. 1157). Car, à côté de cette règle, il est une autre maxime dont l'explication est surtout réclamée en matière de testament ; et cette maxime veut que l'on s'attache principalement à l'intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes (art. 1156).

Nous nous rangeons à cette doctrine. *L'assignation* de parts aliquotes, même égales, à chacun des légataires, comme la moitié, le tiers, le quart, opère division de la disposition, et fait autant de legs qu'il y a de parts assignées ; mais la simple *déclaration* de droits égaux dans la chose léguée ne tombe que sur le partage, et non sur l'institution elle-même, qui ne perd pas son caractère d'institution universelle par cela seul qu'elle est faite

par portions égales, *ex æquis partibus.* Cette déclaration était sans doute superflue, mais toute mention superflue dans un acte, et surtout dans un testament, ne doit pas nécessairement être interprétée dans un sens qui altèrerait la nature de cet acte. S'il en est autrement lorsque le testateur a exprimé des parts aliquotes qui auraient cependant été les mêmes quoiqu'il ne s'en fût pas expliqué, c'est parce que, de fait, il y a autant de legs qu'il y a de parts, ou de légataires; c'est une véritable assignation à chacun d'eux de sa part dans la chose léguée, et l'art. 1044 repousse alors le droit d'accroissement, parce que la part assignée à l'un des légataires lui est attribuée exclusivement aux autres; ils ne sont plus conjointement appelés *à la même chose.* Mais quand, par une première proposition complète, il a fait d'abord une institution universelle, comme dans l'espèce ci-dessus, et qu'ensuite voulant manifester sa volonté que ses légataires aient des droits égaux, soit par ignorance du droit, soit pour prévenir des difficultés et des demandes en rapport, il règle les parts dans le partage seulement, la disposition n'a pas perdu pour cela son caractère de disposition universelle.

508. Le second cas dans lequel le Code admet le droit d'accroissement entre les légataires de la même chose présente encore, selon nous, plus de difficulté que le premier.

Comme on l'a dit plus haut, l'art. 1045 répute le

legs fait conjointement, et admet en conséquence le droit d'accroissement, « quand une chose *qui* « *n'est pas susceptible de division sans détérioration* « a été donnée *par le même acte* à plusieurs per- « sonnes, *même séparément.* »

C'est le cas de la conjonction *re tantùm* du droit romain.

Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que, dans ce cas, les lois romaines admettaient le droit d'accroissement, ou plutôt de non décroissement, soit que la chose fût parfaitement divisible, soit qu'elle fût indivisible; et il en était ainsi anciennement, même en pays coutumiers. Tandis qu'il paraît, d'après cet article, que le bénéfice de l'accroissement ne doit avoir lieu qu'autant que la chose léguée n'est pas susceptible de division sans détérioration.

509. Le Code paraît aussi n'admettre le droit d'accroissement que dans le cas où les deux dispositions ont été faites par le même acte; au lieu que dans les anciens principes, il était pareillement admis quoique les deux legs eussent été faits par des actes divers; pourvu qu'il n'y eût pas translation du legs de la première personne à la seconde : et il y aurait eu translation si le testateur avait dit : *ce que j'ai légué à Sempronius, je le lègue à Titius* (1);

---

(1) *Quod Titio legavi, id Seïo do, lego,* L. 5, ff. *de adimend. vel transf. legat.*

ou bien s'il eût dit : *je lègue à Titius la maison que j'ai léguée à Sempronius* (1); et il eût été indifférent aussi que les deux legs eussent été faits dans le même testament, ou que l'un d'eux eût été porté dans un testament, et l'autre dans un codicille (2). Mais si, après avoir légué sa maison à Sempronius, le testateur se fût borné à dire, même dans un acte postérieur, *je lègue ma maison à Titius*, sans faire mention qu'il l'avait déjà léguée à un autre, les deux dispositions auraient pu sortir leur effet : la dernière n'aurait point révoqué la première. Les deux légataires auraient été conjoints par la chose, *re tantùm ;* en sorte que si l'un deux n'eût pas recueilli, l'autre aurait eu le tout par l'effet même de la disposition qui le lui attribuait; il l'aurait eu *potiùs jure non decrescendi, quàm jure accrescendi*; et si les deux légataires avaient recueilli, ils partageaient la chose, *quia eorum concursu partes fiebant.*

Au contraire, sous le Code, qui a suivi à cet égard les principes généralement admis dans les pays coutumiers, lorsque le second legs se trouve dans un acte postérieur, il révoque le premier, par suite de l'incompatibilité des deux dispositions, à moins de déclaration de volonté contraire de la part du testateur; et il le révoquerait quand bien même le disposant n'aurait pas dit : *je lègue à Titius la maison que j'ai léguée à Sempronius*, mais

(1) § 1, Instit. *de adempt. legat.*

(2) *Ibid.*

simplement : *je lègue à Titius ma maison.* Car, d'après l'art. 1036, les dispositions nouvelles incompatibles avec de précédentes annulent celles-ci, quoique le testateur n'ait pas déclaré d'une manière expresse révoquer ses précédens testamens. Or, on ne peut trouver l'incompatibilité plus marquée dans un cas quelconque, que dans celui dont il s'agit.

510. Mais pourquoi n'a-t-on pas du moins maintenu le droit d'accroissement purement et simplement lorsque les deux dispositions sont portées dans le même acte? Pourquoi a-t-on exigé pour cela que la chose ne fût pas susceptible de division sans détérioration? Il serait impossible d'en rendre une raison plausible. Il y avait en effet plus de motif encore de l'admettre dans ce cas que dans celui où le testateur a légué la chose à tous par une seule et même disposition, même sans assigner les parts; car elles sont implicitement assignées; elle le sont par le fait même. En un mot, si l'on voulait que le droit d'accroissement n'eût lieu qu'en considération de l'indivisibilité de la chose léguée, c'était bien plutôt dans le cas de l'art. 1044 que dans celui de l'art. 1045, qu'il fallait exiger cette condition : on en concevrait le motif dans le premier, mais on ne le conçoit pas dans le second.

Aussi un jurisconsulte distingué (1) entend-il

(1) M. Proudhon, dans son *traité de l'usufruit.*

cet art. 1045 dans un sens bien différent de celui qu'offre naturellement sa rédaction.

Selon lui, il ne s'agirait point, dans cet article, du cas où la même chose aurait été léguée à plusieurs personnes par des dispositions séparées, ou, en d'autres termes, du cas de la conjonction *verbis tantùm*; ce cas, dit-il, ne souffrant aucune difficulté, n'a pas même été l'objet de l'attention des rédacteurs du Code; ils ne se sont occupés que de régler le droit d'accroissement, et il ne s'agit pas du véritable droit d'accroissement quand chacun des légataires a reçu la chose en totalité par une disposition spéciale, sans concours avec un autre légataire dans cette même disposition. A la vérité, si pareil legs a été fait à une autre personne, chacun des légataires est bien obligé de se contenter d'une part, comme dans le cas où ils ont été appelés tous deux à la même chose par une seule et même proposition, mais c'est *ex necessitate, et quia concursu eorum partes fiunt;* ce qui ne veut toutefois pas dire, lorsque l'un des légataires ne recueille pas, que l'autre a le tout par droit d'accroissement, puisqu'il l'avait déja par les termes même de la disposition : car c'est plutôt un non-décroissement qu'un accroissement.

Ainsi, suivant la doctrine de ce jurisconsulte, qui est en effet fondée sur les vrais principes, l'art. 1045 aurait seulement pour objet d'étendre le bénéfice de l'accroissement à un cas où l'article précédent ne l'admet pas, c'est-à-dire, de l'étendre au cas où

le testateur a assigné à chacun des légataires sa part dans la chose léguée, mais lorsque la chose n'est pas susceptible de division sans détérioration.

Et pour motiver cette interprétation, il dit que ces mots qui terminent l'art. 1045, *même séparément*, expriment le cas d'un legs fait à plusieurs avec assignation à chacun des légataires de sa part dans la chose léguée; qu'ils sont synonymes, dans l'esprit de l'article, de ceux-ci : *avec parts assignées.*

Enfin, continue-t-il, dans le même système d'interprétation, cet article suppose si bien évidemment que l'on n'a point entendu parler d'un autre cas que de celui de la conjonction *verbis tantùm* (mais dans l'hypothèse où la chose serait indivisible), qu'il commence par ces expressions : *il* (le legs) *sera encore réputé fait conjointement*, etc. Or, dans le cas où les légataires sont appelés à la même chose par des dispositions distinctes, comme il y a plusieurs legs, on ne peut pas dire que c'est l'hypothèse *d'un* legs fait conjointement, puisqu'il y a autant de legs que de dispositions, quoiqu'elles aient toutes la même chose pour objet. Aussi les légataires, dans ce cas, sont-ils appelés *disjuncti*, dans la doctrine, et non *conjuncti.*

Assurément cette interprétation serait bien plus conforme aux principes que ne l'est la disposition de cet article 1045 entendue dans le sens qu'elle présente grammaticalement; mais ce sens est trop clair pour qu'on puisse se prêter à la supposition que ces mots *même séparément*, qui terminent l'article, signifient seulement *avec assignation de parts*,

Tel n'est point leur sens naturel et grammatical. Ils expriment, il faut l'avouer, des dispositions *séparées*, ou le cas de la conjonction *re tantùm :* cela n'est que trop vrai, et reçoit d'ailleurs une pleine confirmation du rapprochement de ces autres expressions, *par le même acte*, qui les précèdent. Car, si, comme on le prétend dans le sytème que nous combattons à regret, ces termes *même séparément* devaient s'entendre d'une seule disposition faite avec assignation de parts, il était bien inutile de parler *d'un même acte*, puisque ce n'était que dans un même acte que pouvait se trouver une seule et même disposition, avec ou sans assignation de parts, n'importe. Ces dernières expressions ne permettent donc point de croire que les rédacteurs du Code n'aient eu en vue, dans cet art. 1045, que le cas d'une seule et même disposition avec assignation de parts dans une chose indivisible ; elles seraient tout-à-fait surabondantes, disons mieux, elle seraient ridicules.

Nous ajouterons que, bien que dans plusieurs lois romaines, et dans l'exacte doctrine, les légataires de la même chose par des dispositions séparées, soient appelés *disjuncti*, et qu'on ne voie pas dans ce cas une véritable *conjonction*, néanmoins, dans d'autres textes, on les appelle aussi *conjuncti*, comme ceux à qui la même chose a été léguée par une seule et même proposition. Les lois 89, ff. *de legatis* 3°, et 142, ff. *de verb. signif.* citées précédemment, en sont une preuve positive. Aussi

les auteurs les ont-ils appelés indifféremment les uns et les autres *conjoints*. Ils ont vu dans les deux hypothèses un cas de *conjonction*, où le droit d'accroissement a lieu, toutefois avec quelques effets différens, mais ce qui est étranger à la question; et tout porte à croire que les rédacteurs du Code ont entendu les imiter en cela. Malheureusement pour les vrais principes, ils ont exigé, pour que le droit d'accoissement eût lieu dans l'hypothèse dont il s'agit , que la chose ne fût pas susceptible de division sans détérioration. Tel est le sens, nous le croyons, de cet article 1045, dont rien, encore une fois, ne saurait justifier la disposition sous ce rapport. *Sed statuit lex.*

511. S'il y a tout à la fois conjonction et substitution vulgaire ; par exemple : *Je lègue mon domaine de... à Primus et à Secundus, et si Primus ne recueille pas le legs, je lui substitue Tertius*; Secundus ne recueillerait pas, par droit d'accroissement, le domaine en entier, au cas où Primus viendrait à manquer; car Tertius a été appelé spécialement à la place de Primus, pour empêcher que lui Secundus ne profitât de ce droit, dans le cas où Tertius pourrait recueillir à défaut de Primus.

Mais si Tertius était aussi venu à manquer, Secundus recueillerait le domaine en entier.

A plus forte raison Primus le recueillerait-il pareillement en entier si Secundus venait à manquer,

quoique Tertius pût recueillir ; car ce dernier n'était appelé qu'à défaut de Primus.

Et si celui-ci et Secundus ne recueillaient pas, alors Tertius, qui a tous les droits que pouvait avoir Primus, aurait le domaine en totalité.

Enfin, si le testateur avait substitué Tertius aux deux légataires collectivement ; par exemple, s'il avait dit : *Je lègue mon domaine à Primus et à Secundus, et au cas où ils ne le recueilleraient pas, je le lègue à Tertius ;* le droit d'accroissement aurait lieu au profit des légataires indistinctement, en sorte que ce ne serait que dans le cas où ils manqueraient tous deux, que le substitué recueillerait le domaine, et s'il était d'ailleurs capable de le recueillir (1).

511. Si l'un des légataires est institué purement, et l'autre sous condition ; que le premier vienne à mourir après le testateur, et qu'ensuite la condition imposée à l'autre vienne à défaillir, ou que ce dernier légataire meure avant son accomplissement, les héritiers du premier peuvent réclamer le bénéfice de l'accroissement ; car il faisait partie du legs recueilli par leur auteur (2).

Il en serait de même si le legs était conditionnel par rapport à l'un et à l'autre, et que l'un d'eux

---

(1) *Voy.* la L. 41, § 4, ff. *de vulg. substit.*

(2) L. 26, § 1, ff. *de condit. et demonst.*

ne fût venu à mourir qu'après l'accomplissement de la condition qui lui avait été imposée.

513. Le droit d'accroissement a lieu aussi, suivant l'opinion commune, en matière d'institution contractuelle, lorsque la donation de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès a été faite aux deux époux conjointement, sans assignation de parts. En sorte que si l'un d'eux meurt avant le donateur, sans laisser de postérité issue du mariage en faveur duquel la donation a été faite, l'autre recueille le bénéfice de la donation en son entier; car l'institution contractuelle est assimilée, dans ses effets, aux dispositions testamentaires, sauf en ce qui concerne l'irrévocabilité, et en quelques autres points encore, mais peu importans, et qui ne font absolument rien quant à la question du droit d'accroissement.

Mais ce droit n'aurait pas lieu au profit du conjoint survivant s'il y avait des descendans du mariage, attendu que, d'après l'art. 1082, ces descendans sont censés substitués vulgairement au donataire qui a prédécédé le donateur; or, la substitution a précisément pour objet de prévenir l'accroissement de la part de l'institué prédécédé, à celle des autres institués, en mettant le substitué à la place du premier.

514. Quant à la donation entre-vifs proprement dite faite à plusieurs, comme chacun des donataires est saisi dès le principe de sa part dans l'objet donné,

il est clair qu'il ne peut plus être question du droit d'accroissement. Cependant Ricard (1) décide que, si, au moment de la donation faite au profit de plusieurs conjointement, l'un des donataires se trouve incapable de recevoir du donateur, le bénéfice de l'accroissement doit avoir lieu en faveur de l'autre, d'après la présomption de volonté du disposant, comme il a lieu en faveur des légataires, d'après l'intention présumée du testateur. Nous le pensons ainsi, surtout lorsque la chose donnée sera un corps certain. Dans le cas d'une somme, il y aurait plus de difficulté, parce que le donateur n'a peut-être entendu devenir débiteur envers les donataires que divisément, envers chacun d'eux pour une part dans la somme donnée.

515. Si dans le même testament il y a plusieurs dispositions de la même chose au profit de plusieurs personne; par exemple : *Je lègue mon domaine de... à Primus et à Secundus; je lègue le même domaine à Tertius, et je lègue aussi le même domaine à Quartus*; Primus et Secundus sont entre eux conjoints *re et verbis*, et conjoints *re tantùm, seu disjuncti*, par rapport à Tertius et à Quartus, lesquels entre eux, comme par rapport à Primus et à Secundus, ne sont pareillement que conjoints *re tantùm*.

De là, s'ils recueillent tous quatre, la chose se

(1) *Des donations*, part. 3, n° 477 et suiv.

partagera d'abord en trois parts égales, dont l'une sera attribuée à Primus et à Secundus, qui se la partageront par égales portions.

Si l'un de ces derniers ne recueille pas, l'autre profite seul de la part qu'il aurait eue; et si Tertius ou Quartus manque, sa part accroît à tous les autres, en ce sens que la moitié du domaine appartient à Primus et à Secundus, et l'autre moitié à Quartus ou Tertius.

516. Quant aux charges qui auraient été spécialement imposées à tel ou tel des légataires qui ne recueille pas le legs, le droit romain distinguait entre les divers cas de conjonction.

Le légataire conjoint *re tantùm* n'était point obligé d'exécuter les charges imposées à l'autre légataire qui n'avait pas recueilli.

Le légataire conjoint *re et verbis* pouvait, il est vrai, répudier le bénéfice de l'accroissement; mais s'il voulait en profiter, il devait remplir les charges imposées au colégataire défaillant, à moins qu'elles ne fussent de nature à ne pouvoir être exécutées que par celui-ci.

517. Cette théorie, fondée spécialement sur les §§ 10 et 11 de la loi unique au Code, *de caducis tollendis*, a été adoptée par la plupart des auteurs. Cependant Ricard (1) l'a repoussée. Ce savant jurisconsulte voulait que, quelle que fût la nature de la con-

(1) *Des donations*, part. 3, n° 551 et suiv.

jonction, la charge imposée au défaillant passât au colégataire acceptant. Suivant lui, la volonté du testateur a été que le legs ne sortît son effet qu'autant que les charges qu'il y avait mises seraient remplies : ayant eu, dit-il, l'entention que, dans le cas où tous les colégataires recueilleraient le legs, chacun d'eux se contentât de sa part dans la chose, il ne peut pas avoir eu la volonté que l'un d'eux recueillît la totalité de l'objet sans remplir les charges imposées à son colégataire défaillant.

Nous ne saurions partager cette opinion. Il est clair, au contraire, que, dans le cas où la même chose a été léguée à plusieurs par des clauses différentes, et que le testateur n'a imposé de charges qu'à l'un deux seulement; il est clair, disons-nous, qu'il n'a point entendu imposer aussi ces charges aux autres, puisque rien n'était plus aisé que de le faire, et qu'il ne l'a point fait. Ne perdons pas de vue que, lorsqu'il y a plusieurs dispositions distinctes, le légataire qui recueille le tout ne le recueille pas par l'effet du droit d'accroissement, car il l'avait reçu directement du testateur par la nature même de la disposition faite en sa faveur sans concours avec d'autres dans cette même disposition; or, puisqu'on n'a pas jugé à propos de lui imposer une charge comme aux autres, il n'en doit pas supporter. Ainsi le système du droit romain sur ce point, d'ailleurs généralement adopté, nous paraît donc plus rationnel que celui de Ricard, et il doit être préféré.

CHAPITRE VI.

Des substitutions fideicommissaires permises.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

518. *Les substitutions occupaient une grande place dans notre ancienne jurisprudence; l'ordonnance de 1747 les avait soumises à des règles plus fixes.*
519. *Elles furent abrogées par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792.*
520. *Les rédacteurs du Code civil, en maintenant en principe la prohibition, autorisèrent néanmoins les substitutions dans quelques cas; et la loi du 17 mai 1826 a grandement étendu la faculté de substituer, sans cependant abroger la prohibtion.*
521. *Il n'en est pas moins encore utile d'expliquer les dispositions des art. 1048, 1049 et 1050 du Code civil.*
522. *Division de la matière.*

518. Les substitutions fidéicommissaires occupaient une grande place dans notre ancienne jurisprudence; et avant l'ordonnance de 1747, qui avait régularisé les dispositions auxquelles était soumise cette matière importante, il n'en était point de plus compliquée et qui donnât lieu à un plus grand nombre de difficultés et de procès, parce qu'il n'y en avait pas qui fût assujétie à des règles plus variées, à raison des temps et des lieux. Et malgré l'attention que les auteurs de cette ordonnance avaient apportée à sa rédaction, les substitutions demeurèrent

encore une partie du droit fort compliquée, et d'une difficile application.

519. Cette considération, jointe à plusieurs autres, et surtout parce que le système des substitutions paraissait alors incompatible avec les principes d'égalité absolue qui dominèrent au commencement de la révolution, les fit abolir, sans aucune restriction, par les lois des 25 octobre et 14 novembre 1792, qui déchargèrent même les grevés de restitutions dans celles qui n'étaient point encore ouvertes.

520. Mais, tout en prohibant aussi en principe les substitutions fidéicommissaires (art. 896), les auteurs du Code sentirent combien serait douloureuse pour un père qui aurait un fils dissipateur, la perspective qu'un jour cet enfant manquerait du nécessaire, et laisserait lui-même des enfans dans la misère, par suite du trop funeste pouvoir qu'il aurait d'aliéner les biens paternels et d'en dévorer le produit. Cette puissante considération, et aussi quelque retour vers un autre ordre de principes politiques, les déterminèrent à s'éloigner de la rigueur de ceux qui avaient le plus excité les législateurs de 1792 à proscrire les substitutions sans exception. Ils modifièrent donc, par les art. 1048 et 1049, la législation existante ; et l'institution des titres héréditaires, ou *majorats*, postérieure au Code, fût encore une dérogation plus notable apportée à un système trop absolu.

Enfin la loi du 17 mai 1826, sans abroger le

principe prohibitif des substitutions fidéicommissaires, a donné une grande extension à la faculté de créer des substitutions. Elle a presque ramené la législation sur cette matière à ce quelle était sous l'empire de l'ordonnance de 1747.

521. Nous analyserons toutefois succinctement les art. 1048, 1049 et 1050 du Code, qui renferment le principe des substitutions qu'il avait autorisées. Il existe encore un grand nombre de dispositions faites en conformité de ces mêmes articles, et qui par conséquent devront être jugées d'après les règles qu'ils consacrent.

522. Nous diviserons cette matière en deux sections :

Dans la première, nous traiterons des personnes qui pouvaient disposer d'après le Code, avec charge de conserver et de rendre, et de celles qui le peuvent aujourd'hui d'après la loi du 17 mai 1826, ainsi que des biens que l'on peut donner avec cette charge ;

Dans la seconde, des obligations que la charge de restitution impose au grevé, de ses droits, de l'ouverture de la substitution, et des droits des appelés.

Nous parlerons dans le cours de la discussion des droits des tiers, comme les femmes des grevés, et autres.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes qui pouvaient disposer, d'après le Code, avec charge de conserver et de rendre, et de celles qui le peuvent aujourd'hui d'après la loi du 17 mai 1826, ainsi que des biens que l'on peut donner avec cette charge.

SOMMAIRE.

523. *Texte des art.* 1048, 1049 *et* 1050.
524. *Sous le Code, la charge de rendre à un ou plusieurs enfans seulement du grevé, eût entraîné la nullité de la disposition dans son ensemble.*
525. *Les ascendans autres que les pères et mères pouvaient-ils faire la disposition en faveur de leurs petits-enfans, dans le cas où les pères ou mères de ceux-ci étaient prédécédés?*
526. *Un père ayant un fils dont les enfans prédécédés avaient laissé des enfans, a-t-il pu, sous le Code, donner à son fils avec charge de rendre aux petits-enfans de celui-ci?*
527. *La disposition faite par un frère ayant enfans au moment de l'acte entre-vifs, était-elle valable dans le cas où il fût venu à mourir sans laisser d'enfans?*
528. *La donation faite avec charge de restitution par un frère n'ayant alors point d'enfans, eût été révoquée par la naissance d'un enfant, quoique cet enfant fût ensuite venu à mourir avant le donateur, et que celui-ci fût ainsi mort sans enfans.*
529. *Texte de la loi du* 17 *mai* 1826.
530. *Changemens qu'elle a apportés aux dispositions du Code civil.*
531. *En quoi a-t-elle laissé subsister les principes du Code.*
532. *On ne peut grever de restitution que les biens disponibles, et non les réserves.*

533. *Si la charge portait au delà du disponible, la disposition ne serait pas nulle pour cela; la charge seulement serait réductible.*

534. *La disposition peut généralement comprendre toute espèce de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.*

535. *Elle peut être faite à temps, ou pour s'ouvrir lors de l'arrivée d'un événement prévu.*

536. *Elle peut être faite à titre universel ou particulier, par actes entre-vifs ou testamentaires.*

537. *La donation entre-vifs avec charge de restitution ne peut comprendre que des biens présens.*

538. *Mais il n'est pas nécessaire que l'appelé soit alors conçu.*

539. *Depuis la loi de* 1826, *et par dérogation à l'art.* 1081, *la charge de rendre a pu être mise à une donation entre-vifs de biens présens, quoique faite par autre que père, mère, frère ou sœur.*

540. *La donation par contrat de mariage, même des biens que le donateur laissera à son décès, peut être faite avec charge de rendre aux enfans du mariage, ou à l'un d'eux, et même à un autre enfant du donataire.*

541. *De la charge mise au profit d'un enfant désigné, ou de l'aîné des enfans en général.*

542. *Ou des filles, à défaut d'enfans mâles.*

543. *Mise en faveur des enfans, sans autre explication, elle profite à tous.*

544. *Mais dans ce cas elle ne s'étend qu'au premier degré seulement, même depuis la loi du* 17 *mai* 1826.

545. *Les enfans simplement mis dans la condition ne sont point censés appelés à la disposition.*

546. *En cas de mort de l'un des appelés avant l'ouverture de la substitution, sans laisser de descendans, sa part accroît à celles des autres.*

547. *S'il a laissé des descendans, ceux-ci le représentent dans la disposition : Changement à l'ordonnance de* 1747, *qui n'admettait pas en principe la représentation.*

548. Quid *si tous les appelés sont morts, mais ayant laissé des enfans; la substitution n'en est-elle pas moins devenue caduque?*

549. *Le prédécès du grevé par rapport à l'auteur de la disposition, ou son incapacité ou sa renonciation, la rend-elle caduque, ou si les appelés y ont droit par voie de substitution vulgaire? Droit ancien et solution, avec renvoi.*

550. *Suite quant aux institutions contractuelles faites avec substitution au profit des enfans à naître du mariage.*

551. *Suite quant aux donations entre-vifs faites aussi avec charge de restitution aux enfans du donataire.*

552. *Quand l'acte est nul, la substitution est nulle comme la disposition.*

553. *L'acceptation d'une nouvelle disposition faite par la même personne, à condition qu'une donation entre-vifs non grevée de restitution le sera désormais, en affecte les biens de la charge de rendre.*

554. *La charge de restitution ne pourrait être imposée par un autre que le donateur, ni par le donateur lui-même sans une nouvelle libéralité, même du consentement du donataire.*

555. *Il n'y a pas nécessité de grever de la charge de restitution les biens nouvellement donnés; ils ne seraient même pas présumés l'être.*

556. *La charge mise aux biens primitivement donnés sans charge ne fait point préjudice aux droits des tiers, acquis auparavant.*

557. *Comment se comptent les degrés dans les substitutions à deux degrés : Dispositions de l'ordonnance.*

558. *Anciennement, les donations entre-vifs et les institutions contractuelles pouvaient être faites à la charge de remettre les biens à celui ou à ceux que le donateur ou le donataire voudrait choisir.*

559. *Le Code est muet sur la* charge d'élire; *motifs de son silence; mais depuis la loi du 17 mai 1826, cette charge*

peut être mise dans une institution contractuelle, pour être exercée par le donataire au profit d'un ou de plusieurs de ses enfans.

560. *Elle peut l'être aussi, ainsi que* la faculté d'élire, *dans une donation entre-vifs ou dans un legs.*

523. Suivant l'article 1048, « les biens dont les « pères et mères ont la faculté de disposer pour- « ront être par eux donnés, en tout ou en partie, « à un ou plusieurs de leurs enfans, par actes « entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de « rendre ces biens aux enfans nés et à naître au « premier degré seulement desdits donataires. »

Et d'après l'article 1049, « est valable, en cas de « mort sans enfans, la disposition que le défunt « aura faite par acte entre-vifs ou testamementaire au « profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, « de tout ou partie des biens qui ne seront point « réservés par la loi dans sa succession, avec la « charge de rendre ces biens aux enfans nés et à « naître, au premier degré seulement desdits frères « ou sœurs donataires. »

Enfin selon l'article 1050 « les dispositions per- « mises par les deux articles précédens ne seront « valables qu'autant que la charge de restitution « sera au profit de tous les enfans nés et à naître « du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou « de sexe. »

524. Ainsi, l'on pouvait bien donner à un comme à plusieurs enfans, ou frères ou sœurs, avec charge de restitution; mais la disposition eût été nulle dans

son ensemble, si la charge eût été mise seulement au profit d'un ou de plusieurs des enfans du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire; car elle fût par cela même restée dans la classe des substitutions prohibées, que l'article 896 annule même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. La disposition eût pareillement été nulle, si la charge de restitution s'était étendue au delà d'un degré.

525. Mais on a demandé si les ascendans autres que les pères et mères ne pouvaient pas faire également ces dispositions en faveur de leurs descendans, lorsque les père ou mère de ceux-ci étaient prédécédés? La rédaction de l'art. 1048 communiquée au Tribunat, et qui était absolument conforme à celle du Code, donna lieu aux observations suivantes (1). La section est d'avis de dire : « Les biens dont les pères « et mères, *et autres ascendans*, *etc...*, à un ou « plusieurs de leurs enfans *ou descendans succes-* « *sibles*, *etc.* » Mais la rédaction n'a point été changée. Serait-ce parce que l'amendement a paru superflu, ou parce qu'on n'a pas voulu l'admettre? C'est un point sur lequel les procès-verbaux de la discussion ne jettent aucune lumière.

On a dit, d'une part, que les ascendans devaient avoir le même droit que les pères et mères; que la disposition était toujours faite au premier degré dès

---

(1) *Conférences du Code civil*, édition de Didot.

qu'on n'en franchissait aucun, parce que le père du donataire, par exemple, serait prédécédé ; que les motifs qui ont fait admettre les substitutions dans ces cas étaient absolument les mêmes que lorsque le père donne à son fils pour restituer à ses enfans ; enfin que dans les lois, le mot *enfans* se prend la plupart du temps pour *descendans* (1).

D'un autre côté, l'on peut dire que les substitutions, dans le Code, n'étaient admises que très exceptionnellement, et que l'art. 1048 ne les autorisait que lorsque c'étaient les *pères et mères* qui donnaient à un ou plusieurs de leurs enfans; que si l'on eût entendu autoriser aussi la disposition faite par un aïeul au profit du petit-fils pour rendre à ses enfans, dans le cas du prédécès du fils, il convenait de parler des *ascendans*, ainsi qu'on l'a fait dans l'article 1075, relativement aux partages, et dans quelques autres cas encore : les observations du Tribunat avaient à cet égard une utilité assez précise, pour qu'on dût les prendre en considération, et pour que la rédaction de l'article 1048 dût être modifiée, si l'on avait jugé à propos de le faire.

Ces raisons ne sont pas assurément sans gravité, mais néanmoins nous adoptons de préférence le premier sentiment. Comme il y avait même raison

---

(1) L. 84, ff. *de verb. signif.*, art. 1082, et autres. Dans l'art. 1049, qui suit immédiatement celui sur lequel nous discutons, le mot *enfans* comprend évidemment les *petits-enfans ;* car bien certainement le frère ou la sœur qui aurait laissé des petits-enfans n'aurait pu donner avec charge de restitution à son frère ou à sa sœur.

d'autoriser la substitution dans le cas dont il s'agit, que dans celui littéralement prévu dans cet article, nous sommes portés à croire que si l'on n'a pas amendé sa rédaction, sur les observations faites par le Tribunat, c'est parce qu'on a jugé que cela était superflu, ou parce qu'on a oublié de le faire. On doit en général s'attacher à l'esprit de la loi plutôt qu'à sa lettre.

526. On a aussi demandé si un père ayant un fils dont les enfans prédécédés avaient laissé des enfans, a pu, sous le Code, donner à son fils à la charge par celui-ci de rendre à ses petits-enfans?

On a prétendu, d'une part, que cette disposition n'était point dans les termes du Code, parce que la restitution eût eu lieu au profit d'enfans au second degré par rapport au grevé, tandis que, suivant le Code, la charge devait être mise au profit des enfans nés et à naître au premier degré seulement du donataire ou légataire.

Mais, d'un autre côté, l'on a dit que, par *premier degre du donataire* ou *légataire*, les rédacteurs du Code n'avaient pu raisonnablement vouloir entendre que *le degré le plus proche*; or, le degré le plus proche est celui qu'aucun autre ne précède, comme dans l'espèce : *proximus est, quem nemo antecedit : supremus est quem nemo sequitur*, L. 92, ff. *de verd. signif.* Les motifs qui ont fait admettre la substitution en faveur des enfans du donataire, avaient absolument la même force à l'égard des petits-enfans de ce donataire, qui avaient perdu leur

père. L'ascendant donateur voyant son fils enclin à la dissipation, a dû désirer également conserver pour les petits-enfans de ce fils, ce qu'il eût pu conserver pour leur père, si celui-ci eût vécu.

Ces questions, au surplus, ne s'élèveront pas à l'égard des dispositions faites depuis la loi de 1826.

527. Nous en résoudrons cependant encore une qui naissait de l'art. 1049. D'après cet article, ce n'était que dans le cas *de mort sans enfans* qu'était valable la disposition faite au profit des frères ou sœurs avec charge de restitution : en sorte qu'il n'était pas même permis, dans le cas contraire, de donner la simple portion disponible à ces mêmes frères ou sœurs avec cette charge. Mais on a demandé si la disposition faite par un frère ayant enfans au moment de l'acte, était valable au cas où il mourait ensuite sans enfans?

Il ne pouvait y avoir de doute pour le cas où la disposition avait été faite par testament, attendu que cet acte ne produit son effet qu'à la mort du testateur, et qu'à cette époque on suppose que celui-ci n'avait pas d'enfans : le cas prévu par la loi s'était donc réalisé.

Mais quant à la disposition faite entre-vifs par un frère ayant alors enfans, il y avait plus de difficulté, car elle était faite par un disposant qui n'aurait pu la faire au moment de sa mort, s'il avait eu alors des enfans; or, comme la disposition entre-vifs a effet de suite, l'existence des enfans à l'époque où elle était faite paraissait devoir faire obstacle à

sa validité dès le principe. Nonobstant ces raisons on eût dû tenir qu'elle était valable, si le donateur fût mort sans enfans; l'art. 1049 ne distinguait pas entre les dispositions entre-vifs et les dispositions testamentaires; au contraire, il prévoyait positivement les unes et les autres, et il décidait, sans aucune distinction, qu'elles étaient valables en cas de mort du disposant *sans enfans*; or, le cas se serait réalisé, on le suppose.

528. Mais il ne faut pas conclure de là que, si la donation entre-vifs faite avec charge de rendre eût eu lieu de la part d'un frère qui n'avait pas d'enfans au moment de l'acte, et à qui il en serait survenu qui étaient venus à mourir avant lui, la disposition eût produit son effet, parce que le donateur serait mort sans enfans; car elle eût été révoquée de plein droit, aux termes de l'art. 960, sans qu'elle eût pu revivre par la mort de l'enfant dont la naissance avait opéré la révocation. (Art. 964.)

529. La loi du 17 mai 1826, en étendant la faculté de faire des substitutions, n'a pas changé, il est vrai, la décision ci-dessus, mais elle a prévenu, pour l'avenir, la difficulté résolue au n° 527. Cette loi est ainsi conçue :

« Les biens dont il est permis de disposer, aux « termes des art. 913, 915 et 916 du Code civil, « pourront être donnés, en tout ou en partie, par « acte entre-vifs ou testamentaire, avec la charge « de les rendre à un ou plusieurs enfans du dona- « taire, jusqu'au deuxième degré inclusivement.

« Seront observés, pour l'exécution de cette dis-« position, les art. 1051 et suivans du Code civil, « jusques et y compris l'art. 1074. »

530. Trois changemens importans ont été introduits par cette loi, et que nous avons déja indiqués au tome précédent.

1° Le Code n'autorisait la disposition faite avec charge de restitution, qu'autant qu'elle avait lieu en faveur des enfans du disposant, ou de ses frères ou sœurs dans le cas où il ne laissait pas d'enfans; tandis que la loi ci-dessus permet de donner le disponible avec cette charge même aux étrangers.

2° Le Code exigeait pour la validité de la disposition, que la charge de rendre fût établie au profit de tous les enfans nés et à naître du donataire ou légataire, sans aucune préférence d'âge ou de sexe; au lieu que la loi de 1826 l'autorise au profit d'un comme au profit de plusieurs enfans, ou de tous indistinctement.

3° Enfin le Code ne permettait de faire la disposition qu'au profit seulement des enfans du premier degré du donataire ou légataire; tandis que la nouvelle loi l'autorise au profit de deux degrés, comme l'ordonnance de 1747 sur *les substitutions.*

531. Mais la nouvelle loi elle-même n'autorisant la disposition que lorsque la charge de rendre est au profit d'un ou plusieurs enfans du donataire ou légataire, il s'ensuit que si elle était mise au profit d'un autre, par exemple d'un neveu de ce donataire, cette disposition resterait dans la classe des substitu-

tions prohibées, et comme telle, elle serait nulle et de nul effet, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué ou du légataire. (Art. 896.)

Et il en serait de même quoiqu'elle fût au profit des enfans du donataire, si elle était faite pour plus de deux degrés; elle ne serait pas seulement réduite à deux degrés; elle serait nulle, suivant ce que nous avons démontré au tome précédent, nº 31.

532. Comme il n'est permis de donner que les biens dont on peut disposer, il s'ensuit que le donateur ou testateur ne peut grever les réserves de substitution, même en faisant la disposition au profit de ceux à qui elle sont dues. Et s'il faisait à l'un de ses enfans un pré-legs, à condition que sa réserve sera grevée de restitution, on devrait regarder la condition comme non écrite, en vertu de l'art. 900. Vainement dirait-on qu'il n'aurait par là porté aucune atteinte à la réserve, attendu que l'enfant peut répudier le legs, car il n'en demeurerait pas moins vrai que la condition mise à ce legs serait contraire à la loi; or, les conditions contraires aux lois sont réputées non écrites, et par conséquent les dispositions auxquelles elles ont été attachées produisent leur effet.

533. Au surplus, si le donateur ou testateur avait donné ou légué au delà de ce dont il pouvait disposer, avec charge de restitution, la disposition ne serait pas nulle pour cela; elle serait seulement réductible à la mesure du disponible, comme dans les cas ordinaires.

534. La disposition avec charge de substitution peut généralement comprendre toute espèce de biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.

535. Elle peut être faite à temps, ou pour cesser lors de l'arrivée de tel événement prévu; mais dans le silence du disposant à cet égard, la substitution est censée faite pour s'ouvrir à la mort naturelle ou civile du grevé.

563. Elle peut être faite à titre universel ou à titre particulier : par donation entre-vifs proprement dite, hors contrat de mariage ou par contrat de mariage, de biens présens ou à venir, et enfin par testament.

437. La disposition par acte entre-vifs, hors contrat de mariage, ne peut avoir que les biens présens pour objet, et elle est assujétie aux formalités prescrites pour les actes portant donation entre-vifs : par conséquent elle doit être faite avec minute et être acceptée expressément; et en principe elle n'est valable quant aux effets mobiliers, que pour ceux de ces effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire ou de ceux qui acceptent pour lui, aurait été annexé à la minute de la donation, conformément à l'art. 948, combiné avec la loi du 17 mai 1826 elle-même. Cette loi exige en effet que les dispositions dont il s'agit soient faites par acte entre-vifs ou testamentaire; dès lors il faut observer toutes les conditions et formalités prescrites pour l'une ou l'autre espèce d'acte.

538. Mais quoique la disposition soit faite par acte entre-vifs, il n'est pas nécessaire que l'appelé ou les appelés à la recueillir soient nés ou même conçus; il suffit que le donataire grevé le soit. La charge de rendre peut même être mise au profit d'enfans à naître, quoique le donataire en eût déjà d'existans au moment de la donation.

539. Si la disposition avait lieu par le contrat de mariage du donataire, et qu'elle eût pour objet des biens présens, elle serait valable, nonobstant l'article 1081, quoiqu'elle n'eût pas été faite par un père ou une mère, un frère ou une sœur; elle vaudrait en vertu de la loi de 1826, pourvu que la charge de rendre fût au profit d'un ou plusieurs enfans du donataire, et qu'elle ne s'étendît pas au delà de deux degrés.

540 La donation par contrat de mariage au profit des époux ou de l'un d'eux, de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, dans les termes de l'art. 1082, peut être faite aussi avec charge de restitution au profit d'un ou plusieurs enfans du mariage, ou d'un autre mariage ou de tous indistinctement, et aussi jusqu'à deux degrés inclusivement.

S'il n'y avait eu que la donation, les enfans du mariage n'y auraient eu des droits de leur chef qu'autant que leur père donataire aurait prédécédé le donateur. Dans le cas contraire, le donataire ayant recuilli le bénéfice de la donation, il aurait pu disposer des biens, et ses enfans, indistinctement, n'y auraient eu

des droits qu'en acceptant sa succession, dans laquelle ces mêmes biens se seraient confondus. Mais s'il eût prédécédé le donateur, les enfans du mariage auraient pu, à la mort de ce dernier, réclamer les biens donnés, lors même qu'ils auraient eu répudié la succession de leur père, comme étant appelés eux-mêmes à la disposition par une sorte de substitution vulgaire. C'est dans cet esprit que l'art. 1082 dit que cette donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans le cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfans et descendans à naître du mariage. Et ces enfans auraient eu des droits égaux à la donation, et si quelques-uns d'entre eux étaient venus à mourir laissant des enfans, ceux-ci auraient représenté leur père ou mère.

Mais, au moyen de la charge de restitution mise à la donation, lors même que le donataire survivrait au donateur, et recueillerait ainsi le bénéfice de la donation, les enfans appelés à la substitution pourraient, à la mort de leur père, réclamer les biens compris dans la donation, tout en répudiant sa succession, pour se dispenser d'en payer les dettes. Et au lieu de faire profiter indistinctement tous les enfans et descendans du mariage, du bénéfice de la donation, le donateur peut aujourd'hui n'y appeler que l'un ou plusieurs d'entr'eux, par exemple l'aîné, ou les mâles. Car les enfans du mariage ne sont appelés à la disposition, en cas du prédécès de leur père donataire par rapport au donateur,

que par l'effet d'une simple présomption, que ce dernier peut écarter par une déclaration de sa volonté. Il eût pu, même dans une donation entre-vifs de biens présens, stipuler le droit de retour pour le cas du prédécès du donataire (art. 951); à plus forte raison a-t-il pu stipuler dans une donation de biens à venir, que l'effet de cette donation serait restreint à la personne du donataire au cas de survie de celui-ci; qu'il ne s'étendrait point aux enfans du mariage, dans le cas de son prédécès. Et comme on vient de le dire, il a pu par cela même aussi, depuis la loi de 1826, donner avec la charge de rendre à un ou plusieurs enfans seulement; mettre même la charge au profit des enfans d'un premier mariage de l'époux donataire; enfin établir la subtitution à deux degrés. Cela n'était l'objet d'aucun doute dans les anciens principes, quoique l'on ne pût donner les biens à venir, par acte entre-vifs, que par contrat de mariage, et au futur époux, comme aujourd'hui. Nous verrons même bientôt que l'institution contractuelle pouvait être faite avec la charge de remettre les biens à celui que le donateur ou le donataire voudrait choisir, cas dans lequel évidemment la donation ne profitait pas à tous les enfans du mariage indistinctement, puisqu'elle pouvait même ne profiter à aucun.

541. La disposition peut être faite avec charge de restituer à un enfant désigné; par exemple à Paul, fils du donataire; comme elle peut être faite

aussi au profit de l'aîné des enfans existans au moment du décès du grevé, auquel cas le prédécès de l'aîné ne ferait pas évanouir la substitution, mais en ferait seulement reporter l'effet sur celui qui se trouverait être l'aîné des enfans existans au moment de la mort du grevé. Nous examinerons tout à l'heure si, dans l'un et l'autre cas, le droit ne passerait pas aux enfans qu'aurait laissés l'enfant désigné ou celui qui avait été appelé par ordre de primogéniture.

542. Elle peut aussi être faite conditionnellement au profit de l'un pour le cas où l'autre manquerait, par exemple, au profit des filles, au cas où le grevé ne laisserait pas de mâles ; et cela, soit au premier, soit au second degré.

543. Si elle a été faite au profit des enfans du donataire, de l'héritier institué ou du légataire, sans autre explication, elle profite à tous indistinctement.

544. Mais dans ce cas elle ne s'étend qu'au premier degré seulement, parce que le disposant n'a pas usé de la faculté que lui donnait la loi, de la faire pour deux degrés.

545. Les enfans qui ne sont point appelés expressément à la substitution, mais qui sont seulement mis dans la condition, sans être chargés de restituer à d'autres, ne sont en aucun cas regardés comme étant dans la disposition, encore qu'ils

fussent dans la condition en qualité de mâles, et que la condition fût redoublée (1).

546. Quand la disposition est faite au profit de tous les enfans ou de plusieurs, soit nommément, soit collectivement, par exemple des mâles, si l'un ou plusieurs de ceux qui étaient appelés meurent du vivant du grevé, ou avant l'ouverture de la substitution pour autre cause, sans laisser de descendans, il y a accroissement de leurs parts à celle des autres.

547. Mais s'ils laissent des descendans, ceux-ci recueillent, par représentation, la portion de leur père ou mère prédécédés : « Si, dans les cas ci-dessus, « porte l'art. 1051 du Code, le grevé de restitution « au profit de ses enfans meurt, laissant des en- « fans au premier degré et des descendans d'un en- « fant prédécédé, ces derniers recueilleront, par « représentation, la portion de l'enfant prédécédé. »

Et la loi n'exige pas pour cela qu'ils aient accepté la succession de leur père ou mère prédécédés. D'ailleurs on représente très bien celui à la succession duquel on a renoncé. (Art. 744.)

En attribuant ce droit de représentation aux enfans ou descendans d'un appelé prédécédé, le Code a par là dérogé à l'art. 20 du titre 1er de l'ordonnance de 1747, suivant lequel « ceux qui sont appelés « à une substitution, et dont le droit n'aura pas

(1) Art. 19 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747.

« été ouvert avant leur décès, ne pourront, en au-
« cun cas, être censés en avoir transmis l'espérance
« à leurs enfans ou descendans, encore que la sub-
« stitution soit faite en ligne directe par des ascen-
« dans, et qu'il y ait d'autres substitués appelés à
« la même substitution, après ceux qui seront décé-
« dés, et leurs enfans ou descendans. »

Ainsi la représentation était interdite; elle l'était par l'article suivant, de la manière la plus expresse, dans les substitutions en directe comme en collatérale, soit que ceux en faveur de qui la substitution avait été faite y eussent été appelés collectivement, soit qu'il eussent été désignés en particulier et nommés suivant l'ordre de parenté qu'ils avaient avec l'auteur de la substitution; mais toutefois à moins que celui-ci n'en eût ordonné autrement par une disposition expresse, *ou que la substitution ne fût déférée suivant l'ordre des successions légitimes*. Le motif de cette exclusion était que la représentation n'était pas admise dans les dispositions entre-vifs ou testamentaires. Cependant elle était admise en matière d'institution contractuelle.

548. Ici se place une question importante, qu'a fait naître l'art. 1051, auquel la loi de 1826 n'a point dérogé, puisqu'au contraire elle en rappelle formellement l'exécution.

Cette question est de savoir si, quand l'appelé ou tous les appelés sont décédés avant le grevé, et qu'ils ont laissé des descendans, la substitution est ca-

duque, nonobstant l'existence de ces descendans; ou si, au contraire, ceux-ci y ont droit par représentation de leurs père ou mère prédécédés.

Comme l'art. 1051, en consacrant le droit de représentation, s'explique sur le cas où le grevé a laissé des enfans au premier degré et des descendans d'un enfant prédécédé, on a conclu de là que lorsque l'appelé ou tous les appelés sont morts avant le grevé, la substitution est caduque, quoiqu'ils aient laissé des descendans; que les biens sont ainsi devenus libres dans la main du grevé ou des grevés de restitution. « La raison en est, a-t-on dit (1), « loi ne valide la substitution qu'en faveur des en-« fans nés et à naître du donataire ou légataire, et « que l'exception établie par l'art. 1051, en faveur « des enfans et descendans de l'enfant prédécédé, « est restreinte au cas du concours de ces descen-« dans avec les autres enfans du grevé : hors ce cas « il ne peut être question, pour les petits-enfans, « quant aux biens substitués, que d'un droit de « succession. »

On peut dire à l'appui de cette décision que les substitutions, dans le Code, n'ont pas été vues avec faveur, puisqu'elles y sont proscrites en principe; et si on a cependant voulu que les petits-enfans du grevé pussent représenter leur père prédécédé, ç'a été par un motif d'égalité, afin que les oncles ou tantes de ces petits-enfans n'eusssent pas à eux seuls

(1) M. Grenier, tom. Ier, n° 361.

la totalité des biens qui devaient profiter, d'après le cours naturel des choses, à toute la descendance du grevé; que c'est par ce motif que l'on a dérogé à l'ordonnance de 1747 *sur les substitutions*, qui n'admettait la représentation que dans les deux seuls cas où l'auteur de la substitution l'avait ordonnée, ou bien que la substitution était déférée suivant l'ordre des successions légitimes; mais que ce motif ne subsiste plus lorsque l'appelé unique ou tous les appelés sont décédés, puisqu'alors les petits-enfans se trouvent en position de pouvoir exercer des droits égaux sur les biens substitués, comme sur les autres biens du grevé, en venant à sa succession par le bénéfice de la représentation.

D'un autre côté, l'on peut prétendre que les motifs qui ont fait admettre les substitutions dont il s'agit militent également en faveur des petits-enfans du grevé, quoiqu'il n'y ait point d'appelés vivans; qu'il importe que le grevé ne puisse dissiper les biens substitués et laisser par suite sa descendance sans ressource; qu'à la vérité l'art. 1051 se sert bien de la conjonction *si*, mais que ce mot ne doit pas être entendu dans un sens conditionnel, et exclusif de la représentation pour tout autre cas que celui qui y est prévu; que cette expression doit être prise dans le sens de *quoique*, de *lorsque*, etc., comme si les rédacteurs du Code eussent dit : « Encore bien que les enfans du premier degré ap-« pelés à la substitution en vertu des articles précé-« dens ne la recueillent pas, néanmoins leurs descen-

« dans pourront la recueillir par droit de représen-
« tation ; » en un mot, que cette conjonction *si* n'exprime qu'une hypothèse.

Nonobstant ces raisons, qui sont assurément très fortes, et tout en regrettant que l'on n'ait pas admis la représentation indistinctement, nous inclinons néanmoins à penser qu'elle n'a lieu que dans le cas prévu à cet article 1051, même à l'égard des substitutions faites depuis la loi de 1826 ; mais qu'elle aurait lieu si l'auteur de la substitution avait déclaré sa volonté à cet égard, ainsi que cela était admis dans l'ordonnance de 1747 elle-même, qui écartait cependant en principe la représentation en cette matière.

549. Une autre question s'est élevée sur l'interprétation de l'article 1051, celle de savoir si, dans le cas où le grevé lui-même mourait avant d'avoir recueilli la disposition testamentaire, ou serait incapable de la recueillir, ou la refuserait, le bénéfice de la disposition n'en appartiendrait pas moins aux appelés ?

L'ordonnance de 1747 distinguait quant aux causes pour lesquelles le grevé n'avait pas recueilli la disposition.

Ainsi, suivant l'art. 27 du titre 1er, la renonciation de l'héritier institué, ou du légataire ou donataire grevé de substitution, ne pouvait nuire au substitué, lequel, audit cas, prenait la place dudit héritier, légataire ou donataire, soit qu'il y eût une clause

codicillaire dans le testament, soit qu'il n'y en eût pas. Et pareillement, en cas de renonciation du substitué, celui qui était appelé après lui (c'est-à-dire celui du second degré) prenait sa place.

Mais, d'après l'art. 26, la caducité de l'institution emportait caducité de la substitution fidéicommissaire, excepté dans les testamens militaires, et dans les cas aussi où le testament contenait la clause codicillaire.

Cette dernière décision tenait aux principes du droit écrit, suivant lequel les dispositions testamentaires ne se soutenaient, en général, que par l'institution d'héritier (1). Ce qui le prouve, c'est que lorsque le testament contenait la clause codicillaire, c'est-à-dire la déclaration du testateur qu'il entendait que son testament valût comme codicille, s'il ne pouvait valoir comme testament, la caducité de l'institution n'entraînait point la caducité de la substitution. Aussi, comme l'institution d'héritier n'était pas nécessaire dans les testamens militaires, l'ordonnance elle-même décidait que, dans ces testamens, la caducité de l'institution qui y avait été faite n'entraînait point celle de la substitution.

Dans ces deux cas, la substitution fidéicommissaire renfermait donc implicitement la vulgaire,

---

(1) Néanmoins la novelle 115, qui y était suivie, maintenait les legs et les fidéicommis particuliers, quoique l'institution fût rescindée *inefficiositatis causâ*.

comme dans celui de renonciation du grevé, dont nous venons de parler, et sur lequel nous reviendrons.

Or, dans le droit actuel, tous les testamens ne sont en réalité que des codicilles : aucun n'exige l'institution d'héritier, aucun ne demande, pour que les dispositions qu'il renferme aient effet, qu'il donne un héritier : d'où il faut conclure que la caducité de l'institution, même dans les principes de l'ordonnance de 1747, ne doit pas entraîner la caducité de la substitution ; et par la même raison, la caducité du legs ne l'entraîne pas davantage. Si le testateur a eu assez d'affection pour Secundus, pour l'appeler à jouir après Primus, il a témoigné par cela même sa volonté de l'avoir pour héritier ou légataire au cas où Primus ne pourrait l'être. Ce sera une substitution vulgaire, au lieu d'une substitution fidéicommissaire, et voilà tout. Mais il faudra pour cela que l'appelé existe ou soit au moins conçu au décès du testateur, ainsi que nous le démontrerons plus bas avec plus d'étendu ; tandis que cette condition n'est pas exigée dans la substitution fidéicommissaire.

550. Au surplus, il est clair que, dans les institutions contractuelles avec charge de substitution au profit des enfans à naître du mariage, il ne peut y avoir difficulté sur le point de savoir si, dans le cas du prédécès du donataire, ou de son refus de recueillir la donation, les enfans peuvent venir de leur chef ; car ils sont appelés par la nature même

de la disposition (art. 1082). Les art. 11 et 12 du titre 1er de l'ordonnance de 1747 voulaient que les substitutions faites par contrat de mariage ou par une donation entre-vifs bien et dûment acceptée, ne pussent être révoquées, ni les clauses d'icelles changées, augmentées ou diminuées par aucune convention ou disposition postérieure, même du consentement du donataire; et en cas qu'il renoncât à la donation faite en sa faveur, la substitution était ouverte au profit de ceux qui y avaient été appelés. Ces dispositions s'appliquaient aux institutions contractuelles; ces institutions, comme les substitutions dont elles auraient été affectées, étaient irrévocables, soit entre nobles, ou entre roturiers, dans les pays où elles étaient alors en usage.

Le Code n'a rien changé à ces principes, loin de là : il les a confirmés, du moins en ce qui concerne les donations faites par contrat de mariage, puisqu'il ne peut être porté aucune atteinte aux conventions matrimoniales après la célébration. (1395.)

551. Mais il est clair aussi, s'il s'agit d'une donation entre-vifs, et que celui au profit de qui elle est faite avec substitution ne veuille point l'accepter, qu'il ne peut y avoir substitution fidéicommissaire. Toutefois, si le substitué est né ou conçu, et qu'il accepte ou qu'on accepte utilement pour lui avant toute révocation de la part du donateur, la donation vaudra à son profit comme donation directe, par l'effet aussi d'une substitution vulgaire.

552. Enfin, dans tous les cas où l'acte serait nul pour vice de forme, il n'y aurait ni substitution vulgaire, ni substitution fidéicommissaire.

553. Suivant l'art. 1052, si l'enfant, le frère ou la sœur auxquels des biens auraient été donnés par acte entre-vifs, sans charge de restitution, acceptent une nouvelle libéralité faite par acte entre-vifs ou testamentaire, sous la condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de cette charge, il ne leur est plus permis de diviser les deux dispositions faites à leur profit, et de renoncer à la seconde pour s'en tenir à la première, quand même ils offriraient de rendre les biens compris dans la seconde disposition.

Cette décision est tirée de l'art. 17 du titre 1er de l'ordonnance de 1747, et elle serait applicable aussi même aux donations entre-vifs ou legs qui auraient eu lieu, depuis la loi du 17 mai 1826, par autre que père, mère, frère ou sœur, pourvu que la charge fût de rendre à un ou plusieurs enfans du donataire, soit à un, soit à deux degrés.

554. Mais la charge de restitution ne pourrait être imposée par un autre que le donateur, par exemple par le père, à l'égard des biens donnés sans charge par la mère.

Elle ne pourrait l'être non plus à un donataire entre-vifs ou par contrat de mariage à qui le donateur ne ferait point une autre libéralité, quand bien même ce serait un père qui aurait fait la do-

nation sans charge de restitution. Ce dernier point était formellement décidé en ce sens par l'art. 13 du tit. 1er de l'ordonnance (1), et l'art. 14 voulait que, dans le cas même où la donation ou institution contractuelle avait été faite à la charge de remettre les biens donnés à celui que le donateur voudrait choisir, la personne élue ne pût être grevée de restitution envers qui que ce fût, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur.

Enfin, suivant l'art. 15, la faculté que le donateur se serait réservée de grever dans la suite de substitution les biens donnés, était nulle et de nul effet pour l'avenir.

Aussi l'on tenait pour certain que, hors le cas d'une nouvelle libéralité faite avec la condition qu'une précédente faite sans charge de restitution en serait grevée, le consentement même du donataire n'aurait point eu pour effet d'établir cette charge. On ne pouvait pas se grever soi-même, ni d'un commun accord avec le donateur, à moins d'une nouvelle disposition faite sous cette condition. Il en serait incontestablement ainsi aujourd'hui : l'art. 1052 du Code doit être entendu dans le sens conditionnel, et il suppose que la nouvelle disposition est faite par la même personne; car il

---

(1) L'art. 18 voulait toutefois que les dispositions des art. 13, 14 et 15, n'eussent aucun effet pour les donations entre mari et femme, ou faites par le père de famille aux enfans *en sa puissance,* ou autres donations à cause de mort, dans les pays où elles étaient en usage.

est dans les principes de la matière qu'un autre que le donateur ne puisse affecter de la charge de conserver et de rendre des biens qui ne sont pas provenus de lui. La condition mise dans sa disposition devrait être réputée non écrite, en vertu de l'art. 900, comme contraire aux lois.

555. Mais ni l'art. 1052 ni l'ordonnance de 1747 (art. 17) n'exigent que les biens compris dans la nouvelle disposition soient eux-mêmes grevés de restitution, pour qu'on puisse affecter de cette charge ceux qui ont été donnés en premier lieu sans charge; et ils ne seraient même pas présumés l'être, parce que les substitutions ne se présument pas : il faudrait pour cela une clause précise.

556. La disposition de l'art. 1052 ne ferait au surplus aucun préjudice aux tiers qui auraient acquis des droits sur les biens de la première donation, à une époque où ces biens étaient libres dans la main du donataire.

La charge qui les affecte maintenant ne produira même son effet à l'égard des créanciers et tiers acquéreurs du grevé, qu'à compter de la transcription des actes de disposition, ainsi que nous l'expliquerons bientôt.

557. Dans les substitutions à deux degrés, les degrés doivent se compter ainsi qu'on les comptait sous l'ordonnance de 1747.

En conséquence, ils doivent être comptés par

têtes, et non par souches; de manière que chaque personne soit comptée pour un degré. (Art. 33 du tit. 1er.)

En cas que la substitution ait été faite ou profit de plusieurs frères ou sœurs (1) appelés conjointement, ils seront censés avoir rempli un degré chacun pour la part et portion qu'il aura recueillie dans les biens grevés; en sorte que si ladite part passe ensuite à un autre substitué (2), il soit regardé comme remplissant à cet égard le second degré. (Art. 34.)

558. Dans les anciens principes, une donation même entre-vifs de biens présens, ou une institution contractuelle, pouvait être faite à la charge de remettre les biens à celui que le donateur ou le donataire voudrait choisir; seulement, et ainsi que nous l'avons dit plus haut, celui qui était élu ne

---

(1) Dans le texte de l'ordonnance, il y a ou *autres;* mais on ne peut aujourd'hui, même depuis la loi de 1826, faire la disposition qu'au profit de frères ou sœurs enfans du grevé.

(2) L'ordonnance ajoute après ce mot : *même à un de ceux qui avaient été appelés conjointement;* mais la substitution, même depuis la loi de 1826, ne peut avoir lieu au profit des appelés réciproquement entre eux après qu'ils auraient recueilli. Tant qu'ils n'ont pas recueilli, si l'un d'eux meurt sans descendans, sa part accroît bien à celle des autres, mais ce n'est pas là une substitution fidéicommissaire, c'est un droit d'accroissement; et quand ils ont tous recueilli, la part de celui qui vient à décéder ne peut appartenir à ses frères ou sœurs qu'à titre d'héritiers, et dans le cas par conséquent où il ne laisserait pas de descendans se portant héritiers. Tandis que dans l'ancien droit, elle eût pu leur passer par voie de substitution, même quand il aurait laissé des descendans, par exemple, des filles,

pouvait, sous prétexte de l'élection faite en sa faveur, être ensuite chargé d'aucune substitution. Telles étaient les dispositions de l'art. 14 du titre 1er de l'ordonnance de 1747. Encore, l'art. 18 autorisait-il l'établissement de cette charge dans les donations entre mari et femme, ou faites par le père de famille aux enfans en sa puissance, ou autres donations à cause de mort, dans les pays où elles étaient en usage.

559. Le Code est muet sur cette *charge d'élire*, et la raison en est simple : les donations faites sous une pareille charge étaient de véritables substitutions fidéicommissaires, lorsque la charge d'élire ne pouvait s'exercer par le donataire qu'à sa mort, et c'était généralement ainsi qu'elle était entendue. Or, le Code, dans les substitutions qu'il autorise, exige au contraire que la disposition soit faite au profit de tous les enfans du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire, nés et à naître, et sans exception ni préférence d'âge ou de sexe. Par exemple, une institution contractuelle faite avec la clause que l'époux donataire (après avoir recueilli la donation) ferait choix de l'un des enfans du mariage pour que celui-ci eût seul les biens donnés, n'eût point été une institution avec les caractères que le Code (art. 1082) attache à ces sortes de libéralités; car on eût donné de la sorte des biens à venir, par acte entre-vifs, avec d'autres effets que ceux que produisent les donations de cette qualité

telles qu'elles sont autorisées par le Code. Mais depuis la loi du 17 mai 1826, on ne voit pas pourquoi une semblable disposition ne pourrait avoir lieu, puisque le donateur pouvait stipuler qu'en cas du prédécès du donataire, par rapport à lui, la donation serait caduque, et écarter ainsi l'effet de la présomption établie dans la seconde partie de l'art. 1082. S'il l'a pu, et cela n'est point douteux pour nous, il a pu aussi, comme dans les anciens principes, faire la donation avec la charge que le donataire qui lui survivrait choisirait l'un des enfans pour lui remettre les biens donnés : qui peut le plus, peut le moins. S'il ne l'eût pu sous le Code, c'était par une raison qui ne subsiste plus depuis la loi de 1826. Au reste, il est nécessaire que la charge d'élire ait lieu au profit de l'un des enfans du donataire, pour que cette loi soit observée dans ses rapports avec le Code.

560. On ne voit pas non plus pourquoi une donation entre-vifs de biens présens, ou un legs, ne pourraient, depuis cette loi, être faits avec faculté ou charge pour le donataire ou le légataire d'élire un ou plusieurs de ses enfans, même à sa mort de lui donataire ou légataire. Dans le cas où il y aurait charge d'élire à la mort, on trouverait, il est vrai, dans la disposition, les caractères de la substitution fidéicommissaire : charge de conserver (1) et

---

(1) Nous avons démontre, au tome précédent, que la charge de

de rendre à un tiers; seulement le tiers ne serait pas nominativement désigné par le donateur ou testateur, la désignation en serait laissée au donataire ou légataire.

Mais cette substitution, qui eût été prohibée par le Code, est autorisée par la loi de 1826; car pourquoi, dès que l'élu doit être pris parmi les enfans du donataire ou légataire, le donateur ou testateur ne pourrait-il lui en laisser le choix, comme il peut le faire lui-même, comme il pouvait anciennement le lui laisser, même en faveur d'un étranger? Aucune raison ne s'y oppose : celles qui s'y opposaient d'après le Code ne subsistent plus. Il n'y aurait même pas eu substitution sous le Code, si la clause eût simplement porté *faculté* d'élire à toute époque, ou charge d'élire pendant la vie : seulement, dans la première hypothèse, comme la donation ou le legs eût été sans *charge* dans la main du donataire ou légataire, l'élection qu'il aurait faite ensuite eût dû être considérée comme un don de ses propres biens, imputable par conséquent sur son disponible; et dans la seconde hypothèse, c'eût été, non une substitution fidéicommissaire, mais un simple fidéicommis, très valable en soi, pourvu que l'élection eût été faite en faveur d'une personne déja née ou conçue au moment de

---

conserver devait s'entendre, en général, dans l'esprit du Code, pour qu'il y eût substitution, de la charge de conserver pendant la vie, pour rendre au tiers à la mort.

la donation, ou de la mort du testateur (art. 906). Il n'y aurait pas eu à objecter que le fidéicommis était nul comme fait à personne incertaine, car précisément la personne n'eût point été incertaine; faisant partie d'une classe très circonscrite, et pouvant ainsi facilement être reconnu par l'élection, elle eût été certaine comme dans les autres cas. Le principe que l'on ne peut léguer à personne incertaine existait également dans l'ancien droit, et cependant il ne faisait point obstacle aux clauses portant faculté ou charge d'élire.

Ainsi, depuis la loi de 1826, aucune objection solide ne peut s'opposer à la validité d'une donation ou d'un legs faits avec faculté ou même charge pour le donataire ou légataire d'élire, soit pendant sa vie, soit même à sa mort, l'un de ses enfans, pour recueillir le bénéfice de la disposition. Il peut s'en remettre, pour ce choix, au donataire ou au légataire, comme il peut le faire lui-même. Seulement, et ainsi que nous venons de le dire, s'il y a simple faculté d'élire, le don est sans charge dans la main du donataire ou légataire, et ce sera une donation qu'il sera censé faire de ses propres biens s'il use de ladite faculté. S'il y a charge d'élire, et quelle doive être remplie à une certaine époque avant sa mort, ce sera un simple fidéicommis à terme. Enfin si la charge est de rendre à sa mort à celui qu'il choisira, ce sera une véritable substitution fidéicommissaire, différant seulement de celles autorisées par le Code, en ce que celles-ci

devait être au profit de tous les enfans nés et à naître, sans aucune distinction ni préférence d'âge ou de sexe, tandis que celle dont il s'agit serait au profit d'un ou plusieurs enfans, ainsi que le permet la loi de 1826.

SECTION II.

Des obligations que la charge de restitution impose au grevé, de ses droits, de l'ouverture de la substitution, des droits des appelés, et de ceux des tiers dans les divers cas.

SOMMAIRE.

561. *Distribution de la matière contenue dans cette section.*

§ Ier.

Des obligations que la charge de restitution impose au grevé.

562. *L'auteur de la disposition peut nommer un tuteur pour veiller à son exécution.*

563. *C'est un tuteur spécial : Conséquences.*

564. *Si l'auteur n'a pas nommé de tuteur, il en doit être nommé un dans le mois, à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur.*

565. *Quelle est la peine de l'inobservation de la loi à cet égard ; texte de l'art.* 1057.

566. *Diverses interprétations données à cet article.*

567. *Son véritable sens et ses effets.*

568. *Suite pour le cas où le grevé était mineur.*

569. *De l'inventaire des biens compris dans la disposition quand elle n'est pas d'un objet particulier.*

570. *Vente des meubles et effets compris dans la disposition ; texte des art.* 1062 *et* 1063 : *Observations sur ces articles, qui sont des vestiges de l'ordonnance de* 1747.

571. *Emploi des deniers dans les délais fixés par la loi.*

572. *Les débiteurs se libèrent valablement en payant au grevé, même non assisté du tuteur à l'exécution ; il est toutefois plus prudent de le faire intervenir, surtout pour le remboursement des contrats de rente.*
573. *Comment doit être fait l'emploi ; texte de l'art.* 1068.
574. *Comment on pourra le faire avec privilége sur des immeubles.*
575. *Nécessité de la transcription pour les immeubles, et de l'inscription du privilége.*
576. *Les créanciers et les tiers acquéreurs à titre onéreux du grevé peuvent se prévaloir du défaut de transcription, et d'inscription du privilége.*
577. *Réfutation de l'erreur d'un auteur qui enseigne que les créanciers et acquéreurs à titre onéreux du tuteur à l'exécution peuvent se prévaloir du défaut de transcription.*
578. *Le défaut de transcription ou d'inscription ne se couvre pas.*
579. *Quels sont ceux qui ne peuvent s'en prévaloir ; disposition de l'ordonnance de* 1747.
580. *Le droit commun, quant au défaut de transcription, n'en est pas moins applicable au donataire entre-vifs grevé de restitution.*
581. *Responsabilité du tuteur nommé à l'exécution.*
582. *Conséquence quant à ses héritiers, qui ne peuvent non plus opposer le défaut de transcription ou d'inscription.*
583. *Les fonctions du tuteur à l'exécution ne passent point à ses héritiers, mais ceux-ci sont tenus des obligations qu'il a encourues par suite de sa responsabilité.*
584. *Le grevé mineur n'est pas restitué contre l'inexécution des obligations qui lui sont imposées, sauf son recours contre son tuteur.*

§ II.

Des droits du grevé.

585. *Le grevé a le droit de propriété, mais il est résoluble dans sa main ; conséquences quant aux appelés au cas où la substitution s'ouvrirait.*

§ III.

De l'ouverture de la substitution, et des droits des appelés.

561. Nous allons développer successivement ce qui concerne les obligations et les droits du grevé, l'ouverture de la substitution, les droits des appelés, et ceux des tiers dans les divers cas.

Dans un premier paragraphe, nous parlerons des obligations que la charge de restitution impose au grevé ;

Dans un second, de ses droits ;

Et dans un troisième, de l'ouverture de la substitution et des droits des appelés.

§ Ier.

Des obligations que la charge de restitution impose au grevé.

562. Celui qui donne ou lègue avec charge de restitution, peut, par le même acte, ou par un acte postérieur en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de sa disposition : ce tuteur ne peut être dispensé que pour une des causes exprimées à la sect. VI du chap. II du titre *de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation* (article 1055) (1).

563. Comme ce n'est qu'un tuteur pour un objet spécial, l'hypothèque légale établie par les art. 2117 et 2135 au profit des mineurs et des interdits sur les biens de leur tuteur, n'a pas lieu sur ceux du tuteur à la substitution, quoique les appelés fussent mineurs. Ce tuteur, d'ailleurs, n'administre pas; il n'est pas comptable, bien qu'il soit responsable dans les cas déterminés par la loi.

Il n'y pas non plus de subrogé-tuteur dans ce

(1) Le Code n'ayant pas prescrit par qui cette nomination serait faite, et renvoyant toutefois au titre *de la tutelle* pour les excuses, il est à croire que l'on a entendu que ce serait par un conseil de famille. Mais ce tuteur étant nommé dans l'intérêt des appelés à la substitution, le conseil de famille doit être composé, autant que possible, des parens et alliés de ces derniers, pris du côté paternel et du côté maternel. Cependant, si le grevé n'était pas marié, il est clair qu'on ne pourrait composer le conseil que de ses parens ou alliés.

cas; l'art. 409 n'est point applicable, parce qu'il doit être entendu des tutelles ordinaires, dans lesquelles le tuteur administre, et non d'une tutelle *ad hoc*, comme celle dont il s'agit; aussi l'art. 1055 ne parle-t-il nullement de subrogé-tuteur.

564. Si l'auteur de la disposition n'a pas nommé de tuteur, ou si celui qui l'a été a eu de justes motifs de s'excuser, il en doit être nommé un à la diligence du grevé, ou de son tuteur s'il est mineur, dans le délai d'un mois, à compter du jour du décès du donateur ou testateur, ou du jour que, depuis cette mort, l'acte contenant la disposition aura été connu (art. 1056).

565. L'art. 1057 porte que le grevé qui n'a pas satisfait à cette obligation *sera déchu* du bénéfice de la disposition; et dans ce cas, le droit *pourra* être déclaré ouvert au profit des appelés, à la diligence soit des appelés eux-mêmes, s'ils sont majeurs, soit de leur tuteur ou curateur, s'ils sont mineurs ou interdits, soit de tout parent des appelés majeurs, mineurs ou interdits, ou même d'office, à la diligence du procureur du Roi près le tribunal de première instance du lieu où la succession s'est ouverte.

566. Ce texte a été interprété diversement : ces mots *sera déchu* qui expriment une disposition positive, formelle et absolue, suivis de ceux-ci : *et dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert au profit*

des appelés, qui semblent en modifier le sens, n'ont pas été entendus de la même manière par tous les commentateurs du Code.

Ainsi, suivant les uns (1), le grevé, même lorsqu'il serait mineur, doit être déchu pour défaut de nomination du tuteur à l'exécution, sauf son recours contre son tuteur s'il est mineur, conformément à l'art. 1074. Mais cela ne veut pas dire que le droit sera nécessairement ouvert au profit des appelés puisqu'il peut se faire qu'il n'y en ait encore point d'existans; et c'est dans la possibilité de ce cas que l'art. 1057 dit et devait dire que le droit *pourra être déclaré ouvert au profit des appelés*, c'est-à-dire, s'il en existe alors. Dans le cas contraire, les biens doivent retourner dans la succession du disposant, où ils seront partagés comme les autres biens de ce dernier, avec la charge dont ils sont affectés au profit des appelés qui surviendraient; mais s'il existe alors des appelés, le droit doit être déclaré ouvert à leur profit, sauf à eux l'obligation d'y faire participer les autres appelés qui naîtraient dans la suite. En sorte qu'ils recueillent dès à présent la substitution, *sed cum onere*.

D'autres pensent (2), au contraire, que ces mots, *sera dechu*, ne doivent pas être rigoureusement pris à la lettre; qu'ils sont en quelque sorte comminatoires, et qu'en les combinant avec ceux qui

---

(1) Notamment M. Delvincourt.

(2) Telle est l'interprétation de M. Grenier.

suivent : *et dans ce cas, le droit pourra être déclaré ouvert*, il en résulte que la déchéance est subordonnée aux circonstances, d'après lesquelles les juges pourront la prononcer de suite, ou après un nouveau délai qu'ils croiront devoir accorder pour la nomination du tuteur.

Cette dernière interprétation laisse trop de latitude aux juges, en ce qu'ils pourraient se dispenser de prononcer la déchéance quoiqu'il y eût déjà des appelés, et que la négligence du grevé majeur fût grave, tandis que l'art. 1057 la prononce lui-même positivement : *le grevé sera déchu.* Et il ne doit y avoir, pour sauver le grevé de la déchéance, surtout le grevé majeur et non interdit, quand il y a des appelés ou lorsqu'il en survient, que le cas de force majeure ou d'impossibilité résultant des circonstances, qui excuse presque toujours.

Mais la première interprétation nous paraît fautive aussi, en ce qu'elle tend à faire revenir les biens dans la succession du disposant au profit de ses héritiers, qui sont ici des tiers, auxquels la mesure de la nomination du tuteur est tout à fait étrangère. La loi n'a pu raisonnablement vouloir établir la peine de déchéance dans leur intérêt, et l'on ne peut dire avec quelque vraisemblance, pour motiver cette décision, que le disposant est présumé avoir fait la disposition sous une tacite condition résolutoire; telle n'a point été son intention, puisqu'il dépouillait ses héritiers par cette même disposition,

567. Nous pensons donc sur ce point : 1° que l'ouverture de la substitution doit être prononcée, si ce n'est pas par force majeure que le grevé n'a pas fait nommer le tuteur à l'exécution dans le délai fixé par l'art. 1057, et si d'ailleurs il existe alors des appelés qui puissent recueillir le droit ; 2° que la substitution ne doit pas être déclarée ouverte, lors même que le grevé serait en faute, s'il n'existe point encore d'appelés, sauf au tribunal à ordonner les mesures conservatoires qu'il jugera convenables dans l'intérêt de ceux qui surviendraient, notamment la nomination d'un tuteur à l'exécution; 3° que dans le cas où le grevé serait en faute, il doit être déclaré déchu dès qu'il surviendra des appelés, même un seul : alors la substitution devra être déclarée ouverte à leur profit, à la poursuite des personnes désignées dans l'art. 1057, mais toutefois les appelés existant actuellement devront faire participer à la disposition ceux qui surviendraient ensuite, et, pour la conservation de leurs droits, le tuteur devra être maintenu ; 4° que tant que la substitution ne sera pas déclarée ouverte, le grevé, malgré sa faute de n'avoir pas fait nommer le tuteur, percevra les fruits sans être tenu de les restituer aux appelés, parce qu'il les aura perçus sur une chose qui était encore à lui ; 5° que dès l'ouverture de la substitution, ceux des appelés qui seront nés ou conçus auront droit aux fruits, sans être obligés d'y faire participer ensuite les autres appelés qui surviendraient, attendu que ceux-ci

ne peuvent avoir de droit avant leur naissance ou du moins leur conception, et ayant leur part dans ceux perçus depuis cette époque, ils profitent aussi de la déchéance du grevé autant que la nature des choses le permet : les appelés existans ont en leur faveur le droit commun, qui fait acquérir les fruits aux possesseurs de bonne foi (art. 549); 6° que si l'un des appelés vient à mourir avant le grevé, sans laisser d'enfans ou descendans, sa part dans la substitution doit rester exclusivement aux autres, par droit d'accroissement, car la déchéance du grevé ne doit point changer l'ordre ordinaire des choses. Or, sans cette déchéance, le prédécès de l'un des appelés, mort sans laisser de descendans, aurait fait accroître sa part à celle de ses co-substitués. La substitution a été ouverte, il est vrai, mais c'est uniquement dans l'intérêt des appelés eux-mêmes; elle n'a point été dénaturée par cette déchéance; cet événement ne doit préjudicier qu'au grevé, et non à ceux des appelés qui lui survivraient, et il préjudicierait à ces derniers si la part des prédécédés devait se partager, comme leurs autres biens, par voie d'hérédité : le grevé déchu en recueillerait une portion au préjudice de ses enfans vivans, et c'est ce qui ne doit pas être. Ce n'est que dans la succession du dernier de tous les appelés qu'il doit pouvoir recueillir, et seulement par voie d'hérédité, une part dans les biens substitués, qui alors se sont confondus définitivement avec les autres biens de cet appelé. Tel est, nous le croyons, le véritable esprit de cet art. 1057.

568. Si l'on s'attachait rigoureusement à la disposition de cet article, combinée avec celle de l'art. 1074, on serait, il est vrai, amené à cette conclusion que, lors même que le tuteur du mineur grevé serait insolvable, la déchéance n'en devrait pas moins être prononcée contre ce dernier pour défaut de nomination du tuteur à l'exécution dans le délai prescrit, si ce n'était pas par force majeure que cette nomination n'eût pas eu lieu; car ce dernier article porte positivement que, dans le cas même de l'insolvabilité de son tuteur, le grevé mineur ne pourra être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les articles du présent chapitre. Or, l'une de ces règles, la première de toutes, celle à l'inobservation de laquelle la loi a cru devoir plus spécialement encore appliquer la sévérité de ses dispositions, c'est la nomination d'un tuteur à l'exécution dans le délai qu'elle a fixé à cet effet.

Mais, d'un autre côté, les tribunaux seront naturellement portés, et avec esprit d'équité et de justice, à voir une sorte de force majeure dans la minorité du grevé. Comme il ne s'agit pas ici de l'intérêt des tiers, mais seulement d'une jouissance anticipée pour les appelés, il tempèreront, par une équitable interprétation, ce que la loi leur présenterait de trop rigoureux dans ses dispositions littérales; ils préfèreront s'attacher à son esprit, qui est d'assurer l'exécution des volontés du disposant en punissant le grevé qui les méconnaîtrait sciemment et librement, et non de rendre vaines ces

mêmes volontés, en frappant de déchéance celui qui n'a nullement été en faute à cet égard.

Et il faudra encore que la négligence, que la faute du tuteur du mineur soient graves pour que, dans le cas même où il serait solvable, les tribunaux prononcent la déchéance du grevé afin de soumettre ce tuteur à répondre des conséquences de cette déchéance.

569. Après le décès de celui qui a disposé à la charge de restitution, il doit être procédé, dans les formes ordinaires, à l'inventaire de tous les biens et effets qui composent sa succession, excepté néanmoins le cas où il ne s'agirait que d'un legs particulier. Cet inventaire doit contenir la prisée à juste prix des meubles et effets mobiliers (article 1058).

Il est fait à la requête du grevé de restitution, et dans le délai fixé au titre *des successions*, en présence du tuteur nommé pour l'exécution. Les frais en sont pris sur les biens compris dans la disposition (art. 1059).

Si l'inventaire n'a pas été fait à la requête du grevé dans le délai ci-dessus, il doit y être procédé dans le mois suivant à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution, en présence du grevé ou de son tuteur (art. 1060).

S'il n'a point été satisfait à ces disposisions, il doit être procédé audit inventaire, à la diligence des personnes désignées en l'art. 1057, en y appe-

lant le grevé ou son tuteur, et le tuteur nommé pour l'exécution (art. 1061).

570. Le grevé de restitution est tenu de faire procéder à la vente, par affiches et enchères, de tous les meubles et effets compris dans la disposition, à l'exception néanmoins de ceux dont est mention dans les deux articles suivans (art. 1062).

Les meubles meublans et autres choses mobilières qui auraient été compris dans la disposition, à la condition expresse de les conserver en nature, doivent être rendus dans l'état où ils se trouveront lors de la restitution (art. 1063).

Les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres sont compris dans les donations entre-vifs ou testamentaires desdites terres, et le grevé est seulement tenu de les faire priser et estimer, pour en rendre d'une (1) égale valeur lors de la restitution (art. 1064).

Cette disposition, ainsi que nous l'avons dit plus haut (nº 269), est tirée de l'art. 6 du titre 1er de l'ordonnance de 1747, qui, pour la première fois, a considéré les bestiaux et ustensiles servant à faire valoir les terres comme des accessoires desdits immeubles, et les a en conséquence déclarés compris dans les donations ou legs faits avec charge

(1) Le texte, édition officielle, porte *une égale valeur*, et celui de l'ordonnance *d'une égale valeur*. C'est dans ce dernier sens qu'il faut entendre l'art. 1064 : le grevé doit laisser les héritages garnis des bestiaux et ustensiles nécessaires.

de restitution, sous l'obligation, pour le grevé, de les faire priser et d'en rendre d'une égale valeur lors de la restitution ; le tout sans distinction entre les dispositions universelles et celles à titre particulier.

L'art. 1062 est aussi tiré de l'ordonnance, et en considérant, par son rapprochement avec l'article 1064, ces bestiaux et ustensiles comme des *meubles*, il n'est point en harmonie avec l'art. 524 ; aussi faut-il regarder cette disposition comme un vestige de l'ancien droit. Et quand bien même l'art. 1064 n'existerait pas dans le Code, les bestiaux et ustensiles placés par le disposant dans le fonds donné au légué avec charge de restitution, pour l'exploitation dudit fonds, ne seraient pas moins censés compris dans la substitution, comme accessoires, à moins de clause contraire. Au lieu que la disposition de l'ordonnance sur ce point avait son utilité précise, puisqu'elle était introductive d'un droit nouveau.

571. Dans le délai de six mois, à compter du jour de la clôture de l'inventaire, le grevé doit faire emploi des deniers comptans, de ceux provenant du prix des meubles et effets qui auront été vendus, et de ce qui aura été reçu des effets actifs.

Ce délai peut être prolongé, suivant les circonstances (art. 1065).

Le grevé doit pareillement faire emploi des deniers provenant de effets actifs qui seront recou-

vrés, et des remboursemens de rentes ; et ce, dans trois mois au plus tard après qu'il aura reçu ces deniers (art. 1066).

572. La loi n'exige pas, pour que les débiteurs soient valablement libérés par les paiemens qu'ils font au grevé, que le tuteur nommé à l'exécution soit présent ; elle n'exige même pas sa présence aux remboursemens que feraient les débiteurs de rentes; mais il est toutefois plus prudent de les faire en présence du tuteur, ne fût-ce que pour prévenir des difficultés.

573. Le grevé doit faire l'emploi conformément à ce qui a été ordonné par l'auteur de la disposition, s'il a désigné la nature des effets dans lesquels cet emploi doit être fait ; sinon, il ne pourra l'être qu'en immeubles, ou avec privilége sur des immeubles (art. 1067).

Et l'emploi doit être fait en présence et à la diligence du tuteur nommé pour l'exécution (article 1068).

574. L'emploi avec privilége sur des immeubles aurait lieu en faisant servir les deniers à payer un vendeur, ou les architectes ou ouvriers qui ont fait des améliorations à des immeubles : la subrogation au privilége de ce vendeur ou de ces ouvriers serait acquise en remplissant les conditions prescrites par le n° 2 et le n° 5 de l'art. 2103. On pourrait aussi faire l'emploi avec privilége sur des immeubles par

l'acquisition de la subrogation aux droits d'autres créanciers ayant privilége sur ces immeubles, comme sont les créanciers d'un défunt ou les légataires, qui ont privilége sur les biens de la succession ; un cohéritier ou copartageant, sur les biens échus à un autre cohéritier ou copartageant, pour sûreté de la soulte ou retour de lot dû aux premiers. (Art. 2103-3°, 2109, 2111 et 1250.)

Mais l'emploi avec privilége ne sera pas toujours facile à faire, et l'on ne voit pas pourquoi celui fait avec première hypothèque ne remplirait pas également le but de la loi, puisqu'une première hypothèque présente généralement la même sûreté qu'un privilége. Aussi ne serait-ce peut-être pas sans fondement que l'on penserait que ces mots, *avec privilége sur des immeubles*, ont été employés pour signifier *avec cause légitime de préférence sur des immeubles*, par conséquent, pour exprimer l'hypothèque comme le privilége (art. 2094). Cependant le texte portant *privilége*, il faudra autant que possible s'y conformer.

575. La loi ne s'est pas bornée à prescrire, dans l'intérêt des appelés à la substitution, les formalités ci-dessus ; elle en a prescrit aussi dans l'intérêt des tiers, pour leur faire connaître la charge de restitution.

En conséquence, les dispositions par actes entre-vifs ou testamentaires à charge de restitution, doivent être, à la diligence soit du grevé, soit du

tuteur nommé pour l'exécution, rendues publiques, savoir : quant aux immeubles, par la transcription des actes sur les registres du bureau des hypothèques du lieu de la situation ; et quant aux sommes colloquées avec privilége sur des immeubles, par l'inscription sur les biens affectés au privilége. (Art. 1069.)

Ainsi, quand la disposition comprend des immeubles, l'acte qui la contient doit être trancrit. Pour les immeubles acquis par emploi des deniers, ce sont les actes d'acquisition que l'on fait transcrire, et cette transcription fait connaître la charge de restitution, par la mention, dans ces actes, de la cause pour laquelle lesdits immeubles ont été acquis. Enfin pour les sommes employées avec privilége sur des immeubles, l'acte conférant le privilége doit être inscrit, par application du droit commun.

576. Le défaut de transcription de l'acte contenant la disposition peut être opposé par les créanciers et tiers acquéreurs, même aux mineurs ou interdits, sauf le recours contre le grevé et contre le tuteur à l'exécution, et sans que les mineurs ou interdits puissent être restitués contre ce défaut de transcription, quand même le grevé et le tuteur se trouveraient insolvables. (Art. 1070.)

Cette disposition s'applique évidemment aussi au défaut d'inscription ou de renouvellement en temps utile de l'inscription du privilége, dans les

cas où elle était nécessaire. Le système hypothécaire actuel, fondé sur la publicité, exige l'observation des formalités prescrites, quelle que soit la qualité du créancier. D'ailleurs, si l'art. 1070 ne parle pas de l'inscription du privilége, c'est une omission qui est réparée en quelque sorte par l'art. 1072, où il en est formellement fait mention.

577. Mais il ne faut pas croire avec M. Grenier, que, en disant d'une manière générale que le défaut de trancription pourra être opposé *par les créanciers et les tiers acquéreurs*; sauf le recours contre le grevé et le tuteur à l'exécution, l'article 1070 entende parler des créanciers et acquéreurs du tuteur à l'exécution, auxquels ce tuteur aurait hypothéqué ou vendu les biens substitués; car il n'a pu valablement conférer des droits sur des biens qui ne lui appartenaient pas; tous les principes s'y opposeraient, et il suffit de citer à cet égard les art. 1599, 2125 et 2182 du Code. C'est donc à tort que M. Grenier infère de la responsabilité de ce tuteur, pour défaut de transcription, que la loi a entendu, dans l'art. 1070, parler aussi des créanciers ou tiers acquéreurs qui tiendraient de lui leurs droits, comme pouvant se faire un moyen de ce défaut de trancription, afin d'être maintenus dans leurs hypothèques ou dans leurs acquisitions; cela est impossible. Oui sans doute le recours des appelés aura lieu contre le tuteur lui-même, si celui qu'ils ont contre le grevé était ineffi-

cace par suite de son insolvabilité, et l'article ne veut pas dire autre chose.

M. Grenier argumente aussi de ce que, dit-il, « l'art. 1070 est conçu de la même manière que « l'était l'art. 32 du tit. II de l'ordonnance de 1747, « relativement à l'enregistrement et à la publica- « tion qui avait lieu pour les anciennes substitu- « tions, et que cet article était entendu dans le sens « qu'il l'entend par tous les commentateurs et « encore par Pothier dans son *introduction au tit.* XVI « *de la coutume d'Orléans*, n° 18, et par Furgole « sur l'art. 32 de l'ordonnance, mais surtout sur « l'art. 29, où il explique ce qu'on doit entendre « positivement par *créanciers et tiers acquéreurs.* » A cela nous répondons que ni cet art. 32, ni aucun des auteurs cités par M. Grenier n'a parlé et n'a pu parler des créanciers et acquéreurs *du tuteur* à la substitution, et par une raison bien simple, c'est qu'alors il n'y avait pas de tuteur.

Mais quant aux créanciers et acquéreurs du grevé, c'est autre chose; comme il était propriétaire nonobstant la charge de restitution, on sent parfaitement que, dans l'intérêt des tiers, la loi ait validé les actes qu'il a faits sur les biens tant que ces tiers n'étaient pas avertis par la publicité donnée à la substitution : tout comme les actes faits par un donateur sur les biens donnés, avant la transcription de la donation, sont maintenus en général, sans pour cela qu'on maintînt aussi ceux qui auraient été faits par un individu qui n'avait au-

cun droit sur les biens. Dans le système de M. Grenier, il faudrait aller jusqu'à dire, pour être conséquent, que la femme du tuteur à l'exécution est en droit de prétendre que son hypothèque légale sur les biens de son mari s'étend aussi sur les biens de la substitution, faute de transcription de cette même substitution. Or, nous ne craignons pas de le dire, une pareille prétention serait insoutenable, absurde même.

Les créanciers et tiers acquéreurs du donateur entre-vifs avec charge de restitution pourraient également se prévaloir du défaut de transcription des biens donnés.

578. Le défaut de transcription ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que les créanciers ou les tiers acquéreurs pourraient avoir eue de la disposition par d'autres voies que celle de la transcription (art. 1071).

Par la même raison, le défaut d'inscription du privilége ne peut être suppléé ni regardé comme couvert par la connaissance que ces créanciers ou tiers acquéreurs auraient pu avoir de l'existence de ce privilége par d'autres voies que celles de l'inscription.

579. Au surplus, les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes de celui qui aura fait la disposition, ni pareillement leurs donataires, légataires ou héritiers, ne peuvent, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription (article 1072).

L'art. 54 du titre II de l'ordonnance de 1747 portait la même disposition : « Les donataires, hé-« ritiers institués, légataires universels ou parti-« culiers, même les héritiers légitimes de celui qui « aura fait la substitution, ni pareillement leurs « donataires, héritiers institués ou légitimes, et lé-« gataires universels ou particuliers, ne pourront, « en aucun cas, opposer aux substitués le défaut « de publication et d'enregistrement de la substi-« tution. » On n'avait pas cru devoir traiter aussi favorablement les acquéreurs à titre gratuit, que les acquéreurs à titre onéreux ou les créanciers du grevé. Ceux-ci combattent pour éviter de perdre, tandis que ceux-là combattent pour faire un gain ; or, généralement les premiers sont vus avec plus de faveur par la loi.

380. Dans les principes de l'ordonnance de 1747 combinés avec ceux de l'ordonnance de 1731, le donataire entre-vifs avec charge de restitution n'avait pu faire publier et enregistrer la substitution qu'après avoir fait insinuer la donation. En sorte que s'il n'eût pas fait insinuer dans les délais de droit, la donation était sans effet même à l'égard d'un donataire postérieur qui aurait fait insinuer le premier ; et si le donataire grevé de restitution qui avait fait insinuer la donation, n'avait pas ensuite rendu publique la substitution, ses créanciers et ses acquéreurs pouvaient opposer le défaut de publication aux appelés. Mais ses dona-

taires, héritiers et légataires, non plus que les donataires, héritiers et légataires de l'auteur de la substitution, ne pouvaient s'en prévaloir contre ces mêmes appelés.

L'art. 941 veut que le défaut de transcription des donations entre-vifs puisse être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté toutefois celles qui sont chargées de faire faire ladite transcription, leurs ayant-cause, et le donateur.

Nous avons expliqué cette disposition au tome précédent; notamment, nous avons soutenu qu'un donataire postérieur du même immeuble qui a fait transcrire peut opposer au donataire antérieur le défaut de transcription, et l'art. 1072 n'est pas contraire, car il veut seulement que les personnes qu'il énumère ne puisse opposer le défaut de transcription *aux appelés*; or, le grevé n'est point un appelé. Le principe de l'art. 941 conserve donc toute sa force à son égard. Ainsi que nous venons de le dire, le défaut d'insinuation de la donation, dans les anciens principes, la rendait sans effet même par rapport à un donataire postérieur, et comme la transcription remplace l'insinuation, que l'art. 941 déclare que le défaut de transcription peut être opposé par tous ceux qui y ont intérêt (à l'exception des personnes chargées de faire faire ladite transcription, leurs ayant-cause, et le donateur), et enfin, qu'un second donataire est évidemment au nombre des personnes ayant intérêt à opposer le défaut de transcription, nous en con-

cluons qu'il peut en effet l'opposer au donataire grevé, nonobstant la charge de restitution. Mais puisque, attendu sa qualité de donataire de l'auteur de la substitution, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription vis-à-vis des appelés, les biens resteront dans sa main avec la charge de restitution, comme ils y auraient été dans la main du grevé; et il devra remplir les obligations attachées à cette charge pour la conservation des droits des appelés. Tel est le véritable sens des dispositions de ces articles 941 et 1072 combinés.

581. Le tuteur nommé pour l'exécution est personnellement responsable, s'il ne s'est pas en tout point conformé aux règles ci-dessus expliquées pour constater les biens, pour la vente du mobilier, pour la transcription et l'inscription, et en général s'il n'a pas fait toutes les diligences nécessaires pour que la charge de restitution soit bien et fidèlement acquittée (art. 1073).

582. Dès lors, ses héritiers ne pourraient non plus opposer le défaut de transcription, bien que l'art. 1072 ne parle pas d'eux; mais c'est parce qu'il a été copié sur celui de l'ordonnance, qui ne pouvait faire mention des héritiers du tuteur à l'exécution, puisqu'il n'existait pas. A cet égard, l'art. 941 est donc applicable; or, il veut que les ayant-cause des personnes qui étaient chargées de faire faire la transcription de la donation ne puissent en opposer

le défaut. Ainsi, il convient de se reporter à ce qui a été dit à ce sujet au tome précédent, n° 520 et suivans.

583. Les fonctions du tuteur ne passent point à ses héritiers, pas plus que celles des autres tuteurs, des mandataires et des exécuteurs testamentaires, (art. 419, 2003 et 1032); mais ces héritiers sont tenus des obligations qu'il a contractées par suite de la responsabilité ci-dessus, comme de ses autres engagemens.

584. Si le grevé est mineur, il ne peut, même dans le cas d'insolvabilité de son tuteur, être restitué contre l'inexécution des règles qui lui sont prescrites par les dispositions précédentes (article 1074).

§ II.

Des droits du grevé.

585. Nous venons de parler des obligations du grevé; maintenant il s'agit d'expliquer ses droits.

Le grevé a sur les biens chargés de restitution le droit de propriété, mais de propriété résoluble; en sorte qu'il peut les vendre avec effet, les hypothéquer, les grever de servitudes, de droit d'usufruit ou d'usage, en un mot faire tout ce que pourrait faire un propriétaire ordinaire; et tous les actes qu'il aura faits seront valables si la substitution ne vient point à s'ouvrir, parce que les appelés

mourraient avant lui. Mais si elle s'ouvre, tout ce qu'il aura fait sur les biens sans l'emploi des formalités qu'exigeait la nature de l'acte, sera sans effet à l'égard des appelés, au cas où ceux-ci renonceraient à sa succession (art. 2125 et 2182). De sorte qu'ils pourront revendiquer les biens aliénés, et ils les recouvreront francs et quittes de toutes charges créées par le grevé, sauf aux acquéreurs leur recours sur les biens libres du vendeur (1).

586. S'ils se portaient ses héritiers bénéficiaires, ils pourraient également revendiquer les biens aliénés, sauf à faire raison aux acquéreurs, pour la garantie qui leur serait due, de ce qui resterait d'émolument de la succession dans leurs mains, conformément aux règles sur le bénéfice d'inventaire.

587. L'ordonnance de 1747 (tit. II, art. 31), permettait même aux héritiers purs et simples du grevé de revendiquer les biens, mais ils ne pouvaient toutefois déposséder les acquéreurs qu'après leur avoir remboursé entièrement le prix de l'aliénation, frais et loyaux coûts du contrat.

Ainsi, l'on n'appliquait point à ce cas l'exception *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (2), puisque la revendication était

(1) Art. 31 du tit. 2 de l'ordonnance de 1747.

(2) C'était, en d'autres termes, l'exception *rei venditæ et traditæ*, consacrée par la L. 1, § 1, ff. à ce titre, exception par laquelle le pro-

admise moyennant la restitution du prix, des frais et loyaux coûts.

On peut douter que cette décision dût être suivie sous le Code. Elle était fondée sur ce que le principal motif des substitutions était alors la conservation des biens dans les familles, et ce motif n'est entré que très secondairement dans la pensée des rédacteurs du Code, lorsqu'ils ont admis les substitutions dans les cas dont il s'agit; en sorte qu'il y a tout lieu de croire (quoique ce soit l'esprit des ordonnances qui ait dominé dans l'adoption de la loi du 17 mai 1826) que les appelés qui se seraient portés héritiers purs et simples seraient écartés, par fin de non recevoir, sur la demande en revendication qu'ils formeraient contre les tiers détenteurs auxquels le grevé devait la garantie.

588. Mais l'exception ne devrait être opposée à chacun que pour sa part héréditaire, nonobstant la doctrine, fautive selon nous, que l'exception de garantie est indivisible dans ses effets. Ce n'est pas au surplus le moment de discuter cette doctrine; nous le ferons dans la suite.

589. Si les héritiers majeurs avaient consenti à la vente faite par le grevé, ils ne pourraient, dans

---

priétaire d'une chose vendue et livrée par celui dont il était devenu l'héritier, était repoussé sur la demande en revendication par lui formée contre l'acheteur en qualité de propriétaire, attendu qu'en sa qualité d'héritier du vendeur il était tenu de la garantie envers l'acheteur. Les L. 14, Cod. *de rei vendit.*, et L. 14, Cod. *de evictionib.*, portent la même décision.

aucun cas, attaquer l'acheteur, lors même qu'ils renonceraient à la succession du grevé ; car ils seraient garans de leurs faits. Quoiqu'on ne pût pas plus anciennement qu'aujourd'hui renoncer à une succession future, ni pactiser sur pareille succession, néanmoins l'ordonnance (1) autorisait la renonciation du substitué, même avant l'ouverture de la substitution ; seulement, pour être valable dans ce cas, il fallait qu'elle fût faite par devant notaire, avec le grevé de la substitution, ou avec le substitué appelé après celui qui renonçait, et qu'il restât minute de l'acte de renonciation. Mais avec ces formalités elle était admise, parce qu'en effet les biens substitués ne sont point dépendans de la succession du grevé, puisque précisément, au contraire, les appelés peuvent les recueillir sans se porter héritiers de celui-ci. Les lois 1 et 16, Cod. *de pactis*, autorisaient pareillement les substitués à renoncer. Le Code civil, il est vrai, ne trace aucune forme particulière pour ces sortes de renonciations, mais, par cela même, c'est au droit commun qu'il faut s'en référer, et d'après cela l'on doit regarder comme une renonciation valable par rapport à l'acheteur, le consentement que les appelés majeurs donnent à la vente faite par le grevé, sans préjudice, bien entendu, des droits des autres appelés, s'il y en avait qui n'eussent pas également consenti, et de ceux des appelés au second degré dans

---

(1) Art. 28 du tit. 1er.

les substitutions faites depuis la loi du 17 mai 1826.

590. S'il y a nécessité de vendre tel ou tel immeuble, grevé pour payer des dettes, quelles sont les formalités que l'on doit observer dans la vente? L'annotateur de Ricard (*des substitutions*, part. II, nº 291), dit que l'on doit observer les formalités prescrites pour la vente des biens de mineurs. M. Grenier pense, au contraire, qu'il est difficile d'exiger ces formalités, ni celles prescrites à l'héritier bénéficiaire ou à un curateur à succession vacante; qu'il suffit que l'on observe les formes indiquées par le tribunal, et qui aient pour résultat que la vente soit faite avec publicité et sans fraude, en présence du tuteur nommé à l'exécution; qu'une estimation préalable, ordonnée par jugement et faite par experts nommés en justice, et la vente faite aux enchères en l'étude d'un notaire, après affiches apposées aux lieux mentionnés dans le jugement, et dont l'apposition soit établie, paraissent présenter toutes les sûretés désirables. Je le pense aussi. En conséquence une seule adjudication suffirait. Mais l'importance des biens à vendre, et les autres circonstances, détermineront le tribunal dans le choix des formalités à observer pour la vente, et le grevé devra s'y conformer.

591. Les jugemens qu'obtient le grevé relativement aux biens substitués, profitent aux appelés, lors même que le tuteur nommé à l'exécution n'aurait pas été mis en cause; le grevé a toujours qualité

suffisante pour améliorer la chose dans l'intérêt même des appelés.

Mais quant aux jugemens qui ont été rendus contre lui au profit des tiers, il faut distinguer :

Si le tuteur à la substitution a assisté le grevé dans la cause, et que le ministère public ait été entendu en ses conclusions, ainsi que l'exigeait l'article 83 du Code de procédure et l'art. 49 du titre II de l'ordonnance, les appelés n'ont, pour attaquer le jugement, que les voies par lesquelles le grevé lui-même aurait pu l'attaquer.

Si le tuteur a été mis en cause, mais que le ministère public n'ait pas été entendu en ses conclusions, le jugement qui aurait force de chose jugée ne pourrait être attaqué par les appelés que par voie de requête civile, mais il pourrait l'être par cette voie, conformément aux art. 83 et 480 n° 8 du Code de procédure combinés, et à l'art. 49 de l'ordonnance précité.

Si le tuteur à la substitution n'a pas été mis en cause, nous pensons que les appelés ont, de plus, la voie de la tierce-opposition, en vertu de l'art. 474 du Code de procédure, quand bien même le ministère public aurait été entendu en ses conclusions. L'art. 50 de l'ordonnance était, il est vrai, contraire à cette décision : il n'ouvrait aux appelés que la requête civile; mais alors il n'y avait pas de tuteur nommé à la substitution ; il portait : « Les arrêts « ou jugemens en dernier ressort, qui seront con- « tradictoires avec le grevé de substitution ou un

« des substitués, ou contre lesquels il ne pourrait « être reçu à former opposition, ne pourront être « retractés sur le fondement d'une tierce-opposition « formée par celui au profit duquel la substitution « sera ouverte, sauf à lui à se pourvoir par la voie « de lettres en forme de requête civile, lesquelles « pourront être fondées, soit sur les ouvertures « mentionnées dans l'art. 34 du titre 35 de l'ordon- « nance du mois d'avril 1667, soit sur la contraven- « tion à la disposition de l'article précédent, soit « sur le défaut entier de défenses valables de la « part du grevé ou substitué antérieur. »

Mais cette disposition n'a plus la même force aujourd'hui : dès que la loi actuelle veut qu'un tuteur veille aux intérêts des appelés, lorsqu'ils peuvent être compromis, et que ce tuteur n'a pas été mis en cause, il n'est pas seulement vrai de dire que ces appelés n'ont pas été valablement défendus, il est vrai de dire aussi qu'ils n'ont pas été représentés, ou du moins qu'ils ne l'ont pas été suffisamment selon le vœu de la loi, quoique le ministère public eût été entendu en ses conclusions, car il n'est pas toujours à même de prévenir les effets de la collusion des parties, ou de la négligence du grevé. Les appelés peuvent donc, en invoquant l'art. 474 du Code de procédure, user de la voie de la tierce-opposition, voie plus simple et plus facile que celle de la requête civile. D'après cela, les tiers ont un grand intérêt à la mise en cause du tuteur nommé à l'exécution, et ils ont le droit de l'exiger.

Au reste, si les appelés se portent héritiers du grevé, on appliquera ce qui a été dit relativement aux actes faits par ce dernier sur les biens substitués; car *in judicio quoque contrahimus.*

592. Pour les transactions, désistemens ou conventions, l'art. 53 du titre II de l'ordonnance portait que « les actes contenant des désistemens, « transactions ou conventions qui seront passés à « l'avenir entre celui qui sera chargé de substitution, « ou qui l'aura recueillie, et d'autres parties, soit « sur la validité ou la durée de la substitution, soit « sur la liquidation des biens substitués et des dé- « tractions, soit par rapport aux droits de pro- « priété, d'hypothèque ou autres, qui seraient pré- « tendus sur lesdits biens, ne pourront avoir aucun « effet *contre les substitués*, et il ne pourra être « rendu aucun jugement en conséquence desdits « actes, qu'après qu'ils auront été homologués en « nos cours de parlement, ou conseils supérieurs, « sur les conclusions de nos procureurs généraux; « ce qui sera observé, à peine de nullité. »

Ces dispositions devraient être pareillement suivies sous le Code, avec ces modifications toutefois, que l'homologation des tribunaux de première instance, sur les conclusions du ministère public, devrait suffire, comme lorsqu'il s'agit des droits d'un absent ou de transactions dans lesquelles sont intéressés des mineurs ou interdits, et la présence du tuteur à la transaction serait nécessaire, sans préjudice

toutefois de ce qui vient d'être dit pour le cas où les appelés se porteraient héritiers du grevé.

Mais la transaction faite même sans l'emploi de ces formalités pourrait être invoquée par les appelés, à la charge de la prendre en son entier. Tel était l'esprit de l'ordonnance, et on l'a toujours jugé ainsi : comme nous venons de le dire, le grevé a qualité suffisante pour améliorer les biens substitués.

593. Les droits du grevé quant la jouissance des biens, sont, en général, assimilés à ceux d'un usufruitier, et il est par conséquent soumis aux mêmes charges. Il faut donc par conséquent se reporter à ce que nous avons dit à cet égard au tome IV, en traitant *de l'usufruit*.

594. Si un trésor était trouvé sur le fonds grevé, par le grevé lui-même, celui-ci en aurait la moitié comme inventeur, et l'autre moitié serait attribuée à la propriété du fonds, laquelle étant résoluble dans la main du grevé, passerait aux appelés avec cette moitié. Et si c'était un tiers qui eût découvert le trésor, la moitié lui en appartiendrait, et l'autre moitié serait attribuée à la propriété du fonds, comme il vient d'être dit (1).

593. Quant aux femmes des grevés, elles ne peuvent avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres.

---

(1) *Voy.* tom. IV, nº 308 à 318.

que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné (Art. 1054.)

On doit décider que ce recours subsidiaire aurait également lieu si la disposition était une donation entre-vifs ou une institution contractuelle, faite avec la condition formelle dudit recours. L'expression *testateur*, dans l'art. 1054, n'est point employée dans un sens restrictif, pour indiquer que le recours subsidiaire de la femme du grevé ne pourrait avoir lieu sur les biens substitués, qu'autant qu'ils auraient été donnés par testament, et que le testateur aurait expressément déclaré sa volonté à cet égard; elle est employée dans un sens purement explicatif : il n'y avait, en effet, aucune raison pour qu'il en fût autrement.

D'après l'ordonnance (art. 44 et suiv. du tit. 1er), les femmes des grevés avaient, de plein droit, une hypothèque ou recours subsidiaire sur les biens substitués, en cas d'insuffisance des biens libres de leur mari, tant pour les intérêts et fruits de la dot qui pouvaient être dus, que pour le fonds ou le capital de la dot lui-même; et cette hypothèque ou recours subsidiaire avait lieu aussi, et de plein droit, en faveur de la femme et des enfans pour le douaire préfix ou coutumier, ainsi que pour les augmens de dot. Le Code n'accorde ce recours que pour le capital de la dot seulement, et non pour les intérêts, et il faut encore pour cela que l'auteur de la disposition l'ait expressément ordonné.

§ III.

De l'ouverture de la substitution, et des droits des appelés.

596. Suivant l'art. 1053 « les droits des appelés « seront ouverts à l'époque où, par quelque cause « que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou « de la sœur, grevés de restitution, cessera : l'aban- « don anticipé de la jouissance au profit des appelés « ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé « antérieurs à l'abandon. »

597. Mais ni cet article ni aucun autre n'expliquent quelles sont les causes qui peuvent donner lieu à l'ouverture de la substitution. On peut toutefois les résumer ainsi :

1° La mort naturelle ou civile du grevé ;

2° Son indignité ;

3° Sa déchéance pour inobservation de la loi ou abus de jouissance ;

4° L'abandon anticipé de sa jouissance ;

Et 5° l'échéance du jour ou l'événement de la condition auxquels il aurait été chargé de rendre.

598. Le cas de mort naturelle ou civile du grevé ne présente aucune difficulté, seulement la substitution ne sera ouverte par la mort civile que lorsque cette mort sera encourue, conformément aux dispositions des art. 26 et 27 du Code, c'est-à-dire, quand la condamnation sera contradictoire, à partir de

l'exécution soit réelle, soit par effigie ; et si elle est par contumace, après les cinq ans qui sont donnés au condamné pour purger la contumace depuis l'exécution dn jugement par effigie ; mais sans que le condamné pût recouvrer les biens, quand même il rentrerait dans la vie civile par lettres de grâce ou par l'effet d'un nouveau jugement qui l'absoudrait ou le condamnerait à une peine n'emportant pas mort civile. Car le droit ayant été acquis aux appelés, les lettres de grâce n'y portent aucune atteinte, non plus que la rentrée du condamné dans la vie civile par suite d'un nouveau jugement, puisque ce jugement n'efface point les effets que la mort civile a produit dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de la comparution du condamné en justice (art. 30, Cod. civil et 476 Cod. d'inst. crim.)

599. Si le grevé disparaît sans laisser de procuration et sans donner de ses nouvelles, les appelés pourront après quatre ans provoquer la déclaration d'absence, la faire prononcer un an après le jugement qui aura ordonné l'enquête, et se faire envoyer en possession provisoire des biens compris dans la disposition, à la charge de donner caution (art. 115, 119 et 123 combinés). Et après trente ans depuis l'envoi en possession provisoire, ou si le grevé se trouve avoir atteint auparavant sa centième année, les cautions seront déchargées, et les appelés pourront demander l'envoi définitif et par-

tager les biens. En un mot, on appliquera généralement les règles que nous avons développées au titre *des absens*. D'après cela, si le grevé est marié en communauté, et que son conjoint opte pour la continuation de la communauté, il empêchera, en vertu de l'art. 124, l'envoi en possession provisoire des appelés dans les biens substitués, comme à l'égard des autres biens de l'absent (1).

600. S'il s'agit d'une donation entre-vifs non faite en faveur du mariage (2), et révoquée pour cause d'ingratitude du donataire envers le donateur, les biens rentreront dans la main de ce dernier, mais affectés de la charge de restitution au profit des appelés, au cas où ceux-ci survivraient au grevé. Il en serait ainsi lors même que les appelés n'existeraient pas encore. Le droit a été acquis au grevé avec la charge de leur rendre les biens, et son fait d'ingratitude ne doit pas leur nuire; il doit les laisser dans la même position que s'il n'eût pas été commis.

601. Si l'on suppose un legs fait avec charge de

(1) *Voy.* tom. Ier, n° 454; et *voy.* aussi au n° 455 ce que l'on doit décider quand l'appelé vient à mourir après la disparition de l'absent dont on n'a pas eu de nouvelles depuis le décès de l'appelé : si la substitution a eu ou non effet, et, pour cela, si c'est aux héritiers de l'appelé à prouver que le grevé absent est mort avant leur auteur, ou aux héritiers du grevé à justifier que ce dernier a survécu à l'appelé.

(2) Car pour celles faites en faveur du mariage elles ne sont point révocables pour cause d'ingratitude. (Art. 959.)

rendre, et que le légataire soit indigne de le recueillir pour injure faite au testateur, ou que le legs soit révocable pour injure grave faite à la mémoire de ce dernier, et qu'il y ait des appelés nés ou au moins conçus au jour du décès du testateur, ceux-ci, comme nous l'avons dit précédemment, recueilleront le droit par l'effet d'une substitution vulgaire, implicitement comprise, dans ce cas, dans la substitution fidéicommissaire. Mais s'ils n'étaient point encore conçus au moment du décès du disposant, le legs serait caduc. Et dans les substitutions faites au profit des enfans du légataire indistinctement, même sous le Code, il n'y aurait que les enfans au moins conçus au moment du décès du testateur qui auraient droit à la disposition, parce qu'en pareil cas elle ne peut valoir à leur profit qu'à titre de substitution vulgaire. En sorte que la part de ceux qui auraient recueilli et qui viendraient à mourir même sans laisser de descendans, n'accroîtrait pas à celles des autres appelés; elle passerait à leurs héritiers quelconques.

602. Et l'on doit décider la même chose dans le cas où le légataire avec charge de restitution ne veut pas recueillir le legs, le répudie; car alors il est censé n'avoir pas eu plus de droit que l'héritier légitime qui a renoncé à la succession ouverte à son profit. Mais il ne faut point confondre ce cas avec celui où, après avoir recueilli le droit, il y renoncerait, même au profit des héritiers du dis-

posant; car dans ce dernier, sa renonciation ne pourrait nuire à aucun de ceux des appelés qui auraient eu droit à la disposition d'après la volonté du défunt, nés et à naître, au second comme au premier degré, n'importe.

L'art. 27 du tit. 1er de l'ordonnance, ainsi que nous l'avons dit plus haut (nº 549), portait que la renonciation de l'héritier institué, du légataire ou donataire, ne pourrait nuire au substitué, lequel, en ce cas, prendrait sa place, soit qu'il y eût ou non une clause codicillaire; et suivant l'art. 37 du même titre, lorsque le grevé de restitution renonçait à la disposition faite en sa faveur, sans s'être immiscé dans les biens, ou sans l'avoir acceptée ni expressément ni tacitement, le substitué du premier degré devait aussi en prendre la place; en sorte toutefois que le renonçant ne fût pas compté dans les degrés, qui ne commençaient à être comptés qu'à partir du substitué. Et ces articles ne distinguaient pas si l'appelé existait déjà ou non au moment de la mort du testateur, auteur de la substitution : elle avait effet dans tous les cas au profit de l'appelé.

Au lieu que, d'après la distinction que nous avons faite dans les deux hypothèses ci-dessus, (celle de l'indignité du légataire et celle de sa répudiation du legs avant de l'avoir recueilli), nous n'admettons au contraire l'appelé à recueillir le droit qu'autant qu'il est au moins conçu au moment de la mort du testateur, parce que nous ne

pouvons reconnaître en lui, dans ce cas, qu'un substitué vulgairement, qui doit, par conséquent, exister au moment où le legs vient à s'ouvrir, puisqu'il est appelé à le recueillir *au défaut* du légataire.

La disposition de l'ordonnance, étendue même aux appelés qui n'existaient pas encore au moment de la mort du disposant, lorsque le légataire ou l'héritier renonçait avant d'avoir accepté expressément ou tacitement, était exorbitante du droit commun, et ne pouvait être justifiée que par l'extrême faveur dont jouissaient alors les substitutions fidéicommissaires. Car, comment supposer une substitution fidéicommissaire lorsqu'il n'y a personne qui veuille ou puisse d'abord recueillir pour remettre ensuite à une autre, pour que celle-ci jouisse à son tour? Cela est impossible. Or, en renonçant, le légataire n'a jamais eu, ou est censé n'avoir jamais eu de droit à la disposition, et par cela même il n'a pu la conserver pour la rendre à un autre, véritable caractère des substitutions fidéicommissaires. On conçoit parfaitement une substitution vulgaire malgré cette indignité ou cette renonciation (article 898), mais pour cela faut-il du moins que celui qui est appelé au second degré soit capable de recevoir lui-même du testateur, et par conséquent qu'il existe au moment de sa mort (art. 906).

Le Code ne s'étant pas expliqué sur ces points, c'est une raison de croire qu'il a entendu s'en référer aux règles du droit commun, telles que nous les avons expliquées. Cela n'eût pas été douteux le

moins du monde dans les principes du droit romain bien analysés : on aurait vu dans la substitution fidéicommissaire qui aurait manqué son effet par la renonciation du légataire ou de l'héritier institué, une substitution vulgaire au profit de celui à qui il était chargé de remettre les biens ; mais pour cela il eût fallu que le substitué existât au temps de la mort du testateur.

Tandis que, lorsque le droit a été recueilli par l'institué, légataire ou donataire, et que celui-ci y renonce, même au profit des héritiers de l'auteur de la disposition, on sent parfaitement que sa renonciation ne peut nuire à aucun de ceux qui étaient appelés à cette disposition, lors même qu'ils ne seraient pas encore nés ; car alors on est tout-à-fait dans les principes de la substitution fidéicommissaire.

Tout ce que l'on pourrait dire de plus plausible en faveur des appelés qui ne sont encore ni nés ni conçus au moment de la mort du testateur, et qui, selon nous, n'ont aucun droit à la disposition, ce serait que celui-ci est censé avoir voulu qu'ils en profitent comme les autres, et en conséquence qu'il a chargé tacitement de substitution, à leur égard, les appelés déjà existans au moment de sa mort. Mais, d'abord, cette supposition ne sauverait pas la caducité de la disposition dans le cas où il n'existerait encore aucun appelé, et en second lieu elle ne repose que sur une conjecture insuffisante pour servir de base à une substitution fidéicommissaire, qui serait elle-même, dans l'espèce, entée sur une sub-

stitution vulgaire censée renfermée dans une substitution fidéicommissaire qui elle-même a manqué son effet. Par tous ces motifs, que l'on pourrait développer davantage, nous persistons donc dans notre distinction.

603. Ainsi que nous l'avons dit au paragraphe précédent, le grevé qui n'a pas fait nommer un tuteur à la disposition dans le délai fixé par l'article 1057, lorsque l'auteur de la disposition n'en avait pas nommé un, et qui n'a pas pour excuse la force majeure, doit être déclaré déchu dès qu'il existe des appelés; et il peut l'être aussi pour abus de jouissance.

En effet, s'il change l'ordre des coupes de bois d'une manière préjudiciable aux appelés, s'il détruit les futaies, s'il abat les arbres des parcs et des avenues, s'il démolit des bâtimens utiles, s'il enlève les glaces, les boiseries et autres choses précieuses, s'il laisse dépérir les fonds faute d'entretien et notamment les vignes, faute de culture suffisante; en un mot, s'il fait des actes contraires à ceux d'un bon père de famille, il se met dans le cas de voir prononcer sa déchéance pour abus de jouissance, comme un usufruitier qui ferait de pareils actes. L'art. 618 lui serait applicable, par argument. Il y a même raison que s'il s'agissait d'un droit d'usufruit ordinaire; car, quoique le grevé de restitution soit propriétaire, néanmoins son droit de propriété est résoluble et peut s'analyser en difinitive en un

droit qui n'aura été, sous bien des rapports, qu'un droit de jouissance, semblable à celui d'un usufruitier.

En conséquence les juges pourraient, suivant la gravité des circonstances, et dans le cas où il existerait des appelés, même un seul, ou prononcer sa déchéance d'une manière absolue pour abus, et l'entrée en jouissance des appelés ; ou, sans prononcer la déchéance, ordonner néanmoins l'entrée en jouissance des appelés, mais à la charge de payer annuellement au grevé une certaine somme.

De plus, s'il n'y avait encore point d'appelés, les juges pourraient ordonner la mise en séquestre des biens jusqu'à ce qu'il en survienne, en réservant néanmoins la jouissance des revenus au grevé. Cette décision, il est vrai, n'est appuyée sur aucun texte du Code, mais elle est fondée en raison, et les tribunaux ont souvent procédé de la sorte dans l'ancien droit. Nous ne pensons pas au surplus que, dans ce cas, les juges pussent prononcer la déchéance du grevé et la réunion des fruits à la masse des biens. La substitution ne peut s'ouvrir tant qu'il n'y a pas encore d'appelés pour la recueillir ; or, la déchéance n'est prononcée que pour faire ouvrir le droit. C'est en ce sens que nous avons expliqué l'art. 1057. En sorte que s'il ne survient point d'appelés, les biens, après la mort du grevé, appartiendront à ses héritiers quels qu'ils soient ; et il en serait de même dans le cas où il y aurait des appelés si la substitution n'a point été

déclarée ouverte, et si tous les appelés sont venus à mourir avant lui, lors même qu'ils auraient laissé des descendans, puisque, ainsi que nous l'avons dit en expliquant l'art. 1051, la représentation n'a pas lieu dans ce cas.

604. Serait également applicable, par analogie, la disposition du même art. 618, qui permet aux créanciers de l'usufruitier qui a abusé de sa jouissance, d'intervenir dans la cause pour la conservation de leurs droits, en offrant la réparation des dégradations commises, et des sûretés pour l'avenir : ceux du grevé pourraient user du même droit. (Art. 1053.)

605. Aussi, de même que la renonciation que l'usufruitier aurait faite au préjudice de ses créanciers, peut être annulée sur leur demande (et dans la mesure de leur intérêt) (art. 622); de même l'abandon anticipé que le grevé aurait fait au préjudice des siens, dont le titre serait antérieur à l'abandon, pourrait être attaqué par eux avec succès.

606. Cet abandon anticipé ne peut non plus nuire aux appelés. En sorte que si un père grevé de substitution au profit de tous ses enfans nés et à naître fait l'abandon de sa jouissance, ayant alors, par exemple, deux enfans, et qu'il lui en survienne un troisième, celui-ci aura sa part comme les autres dans les biens. Ses frères les auront reçus *cum onere*. De là, ils ne pourront faire un partage définitif que par rapport à eux.

L'art. 1053 dit bien, il est vrai, que le droit des appelés sera ouvert à l'époque où, *par quelque cause que ce soit*, la jouissance du grevé cessera, ce qui semblerait attribuer des droits définitifs et exclusifs aux appelés existans alors; mais il est clair que *par appelés* la loi a entendu tous les appelés, puisque dans les principes du Code, la disposition ne pouvait être valable qu'autant qu'elle était au profit de tous les enfans nés et à naître indistinctement. L'abandon anticipé du grevé n'a pu nuire aux enfans qu'il a eus par la suite. Il ne peut pas y avoir de difficulté sérieuse sur ce point. Mais que doit-on décider si l'enfant qui est survenu est venu à mourir avant le grevé, sans laisser de descendans? Et si les deux appelés qui existaient au moment de l'abandon ayant partagé les biens avant la naissance de leur frère, l'un d'eux est venu à mourir avant le grevé sans laisser de descendans, quelle doit être alors la part du dernier né? et par qui doit-elle être fournie?

Si l'on décide que la substitution a été ouverte, la part du dernier né, supposé mort avant le grevé, sans laisser de descendans, doit passer à ses héritiers quelconques, puisqu'elle s'est confondue dans ses biens. Mais si l'on pense que l'abandon anticipé n'a pas fait ouvrir à proprement parler la substitution, cette part doit revenir aux deux frères, comme si les biens avaient été recueillis par tous avec la charge de restitution, pour qu'ils appartinssent exclusivement, et par droit d'accroisse-

ment, à ceux qui y auraient eu seuls droit s'il n'y avait pas eu d'abandon.

Nous croyons qu'il faut considérer quelle est la nature de l'abandon qui a eu lieu. Si c'est un simple transport de jouissance, un simple abandon du droit de percevoir les fruits, plutôt qu'un abondon du droit de propriété qu'avait le grevé, il n'y a pas eu ouverture de la substitution, et en conséquence s'appliquera la dernière décision. Si l'abandon est de tout le droit qu'avait le grevé, la substitution a été ouverte, et on appliquera ce qui a été dit en premier lieu. Les termes de l'acte passé entre le grevé et les appelés pourront souvent servir à établir cette distinction; mais lorsqu'elle ne résultera pas des expressions de l'acte, l'abandon de la jouissance sera généralement présumé être l'abandon du droit lui-même, et par conséquent il opérera l'ouverture de la substitution.

En sorte qu'en laissant de côté pour le moment le cas où il est survenu un nouvel enfant, si l'un de ceux au profit desquels le père a fait l'abandon vient à mourir avant lui, sa part dans les biens, partagés ou non, passera à ses héritiers, et non au frère par droit d'accroissement, pourvu que celui-ci ait accepté l'abandon; et s'il a partagé les biens sans faire de réserve, il l'a évidemment accepté.

Dans l'hypothèse faite d'abord, de l'abandon, lorsqu'il y avait deux enfans qui ont partagé les biens, dont l'un est venu à mourir avant le grevé,

et lorsqu'il est survenu un autre enfant, celui-ci ne doit pas seulement avoir le tiers, comme s'il eût partagé avec les autres; il doit avoir la moitié, parce qu'il l'aurait eue s'il n'y avait pas eu d'abandon anticipé, et que cet abandon ne doit pas lui préjudicier : la substitution à son égard n'a point été ouverte.

Mais elle l'a été à l'égard des autres, si, comme nous le supposons, l'abandon a été de tout le droit du grevé. En conséquence cette moitié doit être fournie par égales portions, et par la succession du frère prédécédé, et par l'autre frère. Vainement celui-ci dirait-il que, de cette manière, il ne lui restera que le quart des biens, tandis que, à raison du prédécès du frère, il en aurait eu la moitié s'il n'y avait pas eu d'abandon, et le tiers si l'on eût partagé entre tous trois; on lui répondrait qu'il a considéré la substitution comme ouverte par l'abandon du père, qu'il a accepté cet abandon, qu'il a partagé les biens en conséquence, et qu'ayant ainsi couru la chance favorable, il ne doit pas se plaindre de la chance contraire. Il ne peut pas être admis à dire qu'il n'a partagé qu'éventuellement, puisqu'il ne tenait qu'à lui d'en faire la réserve dans l'acte d'acceptation de l'abandon ou de partage, et qu'il ne l'a pas fait.

Au surplus, dans le cas d'abandon anticipé, et qu'il survient ensuite d'autres enfans au grevé, ces enfans n'ont pas toujours droit de demander à leurs frères et sœurs la délivrance de leurs parts

dans les biens avant la mort du père commun; car, si celui-ci a seulement abandonné sa jouissance aux enfans alors existans, et dans leur seul intérêt, par exemple, pour leur tenir lieu de dot, ou pour leur procurer un établissement, comme cet abandon aurait été fait *intuitu personæ*, les autres seraient obligés d'attendre la mort du père commun pour demander leur part dans les biens.

Mais alors la substitution ne serait pas ouverte, et les fruits et revenus perçus sur les biens seraient sujets à rapport par les enfans qui les auraient perçus et qui se porteraient héritiers, attendu que ces fruits perçus sur des biens qui appartenaient encore au grevé seraient censés donnés *principaliter*, ce qui rendrait inapplicable l'art. 856, et laisserait les enfans sous l'empire du droit commun établi par l'art. 843.

Au lieu que s'il y avait ouverture du droit par un abandon de nature à l'opérer, ou par la déchéance du grevé, les fruits perçus par les enfans qui existaient alors, jusqu'à la naissance d'autres enfans, ne seraient pas sujets à rapport; car ceux qui les auraient perçus l'auraient fait en vertu d'un droit propre, puisé dans la volonté de l'auteur de la substitution.

607. Dans le cas où la substitution a été faite pour s'ouvrir à une époque déterminée, ou lors de l'arrivée d'un événement prévu, il n'y a pas de diffi-

culté : elle s'ouvrira à cette époque, ou lors de l'arrivée de cet événement.

La substitution peut même être faite pour s'ouvrir successivement à certaines époques, ou lors de l'arrivée d'un événement prévu, par exemple à la majorité ou au mariage des appelés. Dans ce cas la restitution doit se faire à chacun d'eux à sa majorité ou mariage; et la part de chacun de ceux qui sera parvenu à sa majorité ou qui aura contracté mariage lui sera définitivement acquise, et passera à ses héritiers quelconques, quand bien même il mourrait avant le grevé. Sa part est définitivement sortie de la substitution, parce que la substitution a été ouverte à son profit : d'où il faut conclure qu'il ne jouit plus du droit d'accroissement dans la part d'un frère qui mourrait avant que la substitution se fût ouverte aussi à son profit : elle accroîtrait uniquement à ceux qui seraient dans le même cas que lui, et s'il n'y en avait pas, cette partie de la substitution serait caduque, et les biens qui la composeraient seraient affranchis dans la main du grevé. En un mot, la substitution se divise entre les enfans au fur et mesure qu'elle s'ouvre dans la personne de chacun d'eux, et dès qu'elle est ainsi ouverte, ceux qui ont recueilli le droit sont en dehors de la disposition; il n'y a plus pour eux, par conséquent, substitution fidéicommissaire; il ne pourrait y avoir qu'une substitution vulgaire, mais il faudrait pour cela que le disposant s'en fût expliqué, et cette substitution

serait censée ne devoir s'exercer qu'à défaut des appelés qui resteraient encore compris dans la substitution fidéicommissaire.

608. Les appelés à la substitution profitent des augmentations qui sont survenues aux biens, par alluvion, ou autres causes semblables.

Quant aux améliorations faites par le grevé, comme s'il a planté des vignes ou des vergers, desséché un marais, marné des terres, fait d'importantes réparations aux bâtimens, embelli les biens, etc., etc., il ne lui est dû, ou à ses héritiers ou créanciers, aucune indemnité pour ses impenses, pas plus qu'il n'en serait dû à un usufruitier pour de semblables améliorations (art. 599). Il a voulu augmenter ses jouissances. Il peut cependant, ainsi que ses héritiers ou créanciers, enlever les glaces, tableaux et autres ornemens qu'il aurait fait placer, mais à la charge de rétablir les lieux dans leur premier état (*ibid.* par argument). On doit le traiter sous ce rapport comme un usufruitier.

Et s'il avait fait des constructions nouvelles sur les fonds, et non pas seulement de simples améliorations ou embellissemens, il y aurait lieu d'appliquer ce que nous avons dit au tom. IV, nº 379 et suivans, (et 589), où nous combattons un arrêt qui a jugé, par fausse application, selon nous, de l'art. 599, que l'usufruitier ne pouvait ni enlever ses constructions, ni obtenir une indemnité quelconque pour ses impenses.

609. Les appelés profitent aussi des prescriptions acquises pendant la jouissance du grevé, sans qu'il y ait à distinguer si elles ont commencé avant ou seulement pendant sa jouissance. Même dans ce dernier cas, il est censé posséder *propter dispositionem*, et cela suffit pour que les appelés puissent invoquer la prescription. Ils joignent aussi sa possession à la leur.

Il arrivera néanmoins quelquefois que la prescription ne profitera en réalité qu'au grevé : ce sera dans les cas où il s'agira d'une prescription à l'effet de se libérer, et surtout de celles qui sont principalement fondées sur la présomption de paiement : alors le grevé sera censé avoir acquitté la dette, et lui ou ses représentans pourront en porter le montant dans le compte à rendre.

Comme, *vice versâ*, s'il avait laissé accomplir une prescription du nombre de celles qui courent même contre les mineurs et les interdits, il devrait faire raison du montant de la créance comprise dans la substitution, et qu'il a laissé périr. Il est censé en avoir reçu le paiement, ou en avoir fait remise au tiers débiteur.

610. Quant aux prescriptions qui ne courent pas contre les mineurs et les interdits, anciennement on tenait en principe qu'elles ne courent pas non plus contre les appelés à une substitution : on assimilait ceux-ci aux mineurs. Et l'on ne faisait a cet égard aucune distinction entre les longues pres

criptions à l'effet de se libérer, et les prescriptions à l'effet d'acquérir, ni, dans ces dernières, entre le cas où le tiers tenait son titre du grevé, et le cas où il le tenait d'un autre, ou n'en avait point.

Le Code ne fait pas d'exception à l'égard des biens substitués, comme il fait pour les immeubles dotaux, et pour les mineurs et les interdits en général, ainsi que pour les femmes mariées, dans certains cas. Le principe que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque cas d'exception établie par une loi (art. 2251), exerce donc toute sa force. Que l'on ne dise pas que l'on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce (art. 2226), et que les biens grevés de substitution ne sont pas dans le commerce tant que la charge n'est pas effacée, car on répondrait qu'il n'est pas vrai que ces biens ne soient pas dans le commerce: ils y sont pour le moins autant que les biens des communes, les forêts de l'État, etc., qui ne peuvent même être aliénés qu'en vertu d'une loi, et qui pourraient cependant être acquis aux particuliers par le moyen de la prescription, puisque la prescription court aujourd'hui contre l'État, les communes et les établissemens publics (art. 541 et 2227). Les immeubles dotaux sont formellement déclarés inaliénables en principe par le Code pendant le mariage (art. 1554), et cela n'a point empêché que l'on ne jugeât utile de déclarer par une disposition expresse que la prescription ne courrait pas pendant

le mariage à l'égard de ces biens, s'ils n'avaient pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage (art. 1561 et 2255). Or, il n'y a pas même de disposition dans le Code qui déclare inaliénables les biens grevés de substitution. Il en est de ces biens comme de ceux d'autrui, lorsque le droit des appelés vient à s'ouvrir ; alors le grevé est considéré, sous la plupart des rapports, comme n'ayant eu qu'une jouissance semblable à celle d'un usufruitier.

On oppose l'art. 2257, suivant lequel la prescription ne commence à courir à l'égard d'une créance à terme ou sous condition, ou à l'égard d'une action en garantie, qu'à partir de l'échéance du terme, de l'accomplissement de la condition, ou de l'éviction, par application de la règle *contrà non valentem agere, non currit prœscriptio*. Mais on répond que cet article n'est applicable qu'entre les parties contractantes, et non à l'égard des tiers. Les appelés ont un droit conditionnel, et ils peuvent en conséquence faire les actes conservatoires de leurs droits (art. 1180), ce qui comprend par conséquent la faculté de faire les actes interruptifs de prescription, et rend dès lors inapplicable l'adage *contrà non valentem*, etc. Enfin la nomination d'un tuteur à l'exécution, qui était inconnue jadis, a dû remettre les choses dans les termes du droit commun. Le recours en garantie contre ce tuteur responsable ôte tout appui à l'opinion contraire.

Au reste, la prescription n'aura pas couru pendant la minorité des appelés, et précisément en vertu

du droit commun (art. 2252); et par le même motif elle ne courra pas non plus avant qu'ils soient nés. Celle de dix et vingt ans à l'effet d'acquérir les immeubles aura même rarement lieu s'il y a eu transcription de la substitution, parce que la publicité résultant de cette transcription constituera généralement le tiers acquéreur en mauvaise foi, du moins si ce n'est pas par l'effet d'une présomption de droit, qui n'existe effectivement pas, ce sera souvent en fait.

611. Le Code est muet aussi sur la question de savoir si les appelés sont ou non saisis de plein droit par la mort du grevé; tandis que l'ordonnance de 1747, (art. 40 du tit. 2), décidait qu'ils ne l'étaient jamais, même dans les substitutions universelles, et ils n'avaient en conséquence droit aux fruits que du jour de la demande en délivrance. La question est importante dans le cas où les appelés n'accepteraient pas la succession de leur père ou mère grevés de restitution, ou ne l'accepteraient que sous bénéfice d'inventaire. Quelques personnes pensent que, dans le silence du Code, on doit décider comme sous l'ordonnance. Il serait difficile en effet de déclarer les substitués saisis, puisque les biens compris dans la disposition sont plus ou moins confondus de fait avec les biens personnels du grevé, ce qui exige une liquidation, et une reddition de compte à leur faire. D'où il faut conclure qu'une demande en délivrance est nécessaire au-

jourd'hui comme dans l'ancien droit. Mais quant aux fruits, nous pensons qu'il en doit être comme pour les legs, et par conséquent dans les substitutions universelles ou à titre universel d'une quotité des biens, qu'ils sont dus aux appelés qui ont formé leur demande en délivrance dans l'année de l'ouverture de la substitution, à partir de cette époque.

612. Les remises de dettes faites au grevé par les créanciers de la substitution profiteront exclusivement au grevé si c'est en sa considération uniquement qu'elles ont été faites; dans le cas où elles ont eu lieu aussi dans l'intérêt des appelés, le grevé ne pourra pas porter la dette dans son compte comme s'il l'avait acquittée, il aura profité seulement de la remise en ce que sa jouissance en aura été d'autant plus pleine. C'est donc une question de fait, et généralement, dans le doute, la remise sera censée faite en considération du grevé personnellement.

613. Le compte de la substitution est rendu aux appelés qui ne se portent point héritiers du grevé, ou qui acceptent sa succession sous bénéfice d'inventaire. C'est généralement alors avec les créanciers qu'il est débattu, et l'on suit les règles ordinaires, sauf les circonstances particulières qui forceraient de s'en écarter.

CHAPITRE VII.

Des partages faits par les père et mère ou autres ascendans entre leurs enfans ou descendans.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

SOMMAIRE.

614. *Motifs du droit qu'ont les ascendans de faire le partage de leurs biens entre leurs descendans.*

615. *Ces partages ont toujours été vus avec faveur, et dans les pays de droit écrit, où le testament olographe n'était pas admis, les ascendans pouvaient cependant tester* inter liberos *dans cette forme.*

616. *En pays coutumiers on connaissait aussi les actes appelés* démissions de biens, *mais le Code ne les a pas admis.*

617. *D'autres que les ascendans peuvent-ils faire le partage de leurs biens entre leurs héritiers présomptifs? Controverse sur le principe.*

618. *L'acte qualifié partage ne serait pas nul par cela seul qu'il aurait été fait par un collatéral; il vaudrait comme renfermant disposition de biens.*

619. *Mais sera-t-il régi d'ailleurs comme un acte de partage, par exemple sera-t-il rescindable pour cause de lésion de plus du quart? Non.*

620. *Division de la matière.*

614. Dans la vue de prévenir les dissentions que le partage de ses biens pourrait faire naître parmi ses enfans, le père de famille peut en faire lui-même le partage et la distribution entre eux : la loi lui en donne le droit, ainsi qu'à la mère et aux

autres ascendans. Il est le meilleur juge de ce qui peut convenir à chacun pour l'exercice de sa profession, ou à raison de toute autre circonstance particulière; et en leur composant des lots en conséquence, il satisfait à l'intérêt de tous, et écarte ainsi des difficultés que ne suscite que trop souvent dans les familles l'esprit de jalousie et d'animosité.

Il évite aussi par ce moyen à ses enfans les frais considérables, les lenteurs et les difficultés auxquels sont assujétis les partages judiciaires, les seuls cependant auxquels il faut bien recourir quand il y a des mineurs, des interdits ou des absens, pour n'être point forcé de prolonger trop long-temps un état d'indivision ordinairement accompagné de beaucoup d'inconvéniens. L'utilité de ce droit attribué aux ascendans se fait donc sentir sous une foule de rapports, qu'il suffit d'indiquer.

615. Aussi ces partages ont-ils toujours été vus avec faveur, tellement que, dans les pays de droit écrit, où le testament olographe n'était point admis, les ascendans pouvaient faire en cette forme la division de leurs biens entre leurs enfans et descendans; c'était le testament *inter liberos*, qui n'était assujéti à aucunes autres formalités que celles des testamens olographes (1).

(1) *Qualicumque judicio suam declaraverit voluntatem*, dit la loi *cogitatione* 21, au Code, *tit. familiæ erciscundæ*.

616. On connaissait aussi, dans les pays de coutume, *les démissions de biens*, qui étaient en général des partages par anticipation que les père et mère ou autres ascendans faisaient entre leurs enfans ou descendans, et que souvent ils leur laissaient la faculté de faire eux-mêmes. Comme nous le verrons bientôt, le Code ne les a pas admises.

617. Mais on a demandé si d'autres que les père et mère ou ascendans, par exemple, les frères et sœurs, pourraient pareillement faire le partage de leurs biens entre leurs héritiers présomptifs? Les uns prétendent que le Code n'attribue ce droit qu'aux seuls ascendans; que l'intitulé de ce chapitre et l'art. 1075 ne laissent aucun doute à cet égard, puisqu'ils ne parlent que des père et mère et des ascendans; et tel est notamment le sentiment de M. Grenier.

D'autres soutiennent que cet intitulé et cet article sont un vestige de l'ancien droit, comme on en trouve plusieurs exemples dans le Code, et qu'ils n'ont point été conçus dans un sens restrictif, mais bien dans un sens explicatif : on a eu en vue, dit-on dans cette opinion, les dispositions des art. 17 et 18 de l'ordonnance de 1735 sur *les testamens*, suivant lesquels les ascendans avaient seuls la faculté, dans les pays de droit écrit, de faire un testament olographe, mais pour distribuer et partager leurs biens entre leurs enfans et descendans,

testament qu'on appelait pour cela *inter liberos*; et comme c'était un privilége particulier attribué aux seuls ascendans, il avait paru utile d'en faire la matière d'une disposition expresse dans l'ordonnance. Mais puisqu'aujourd'hui ces partages faits par les ascendans eux-mêmes sont assujétis aux formes ordinaires des donations entre-vifs ou des testamens, on ne voit pas pourquoi d'autres que des ascendans ne pourraient user de la même faculté, en observant les mêmes formes, et pourquoi celui qui peut priver ses collatéraux de tout son bien, ne pourrait en faire entre eux le partage comme un père fait celui du sien entre ses enfans. D'après cela, si un collatéral fait un acte de distribution de ses biens entre ses héritiers présomptifs, et que son intention ait été de faire un simple partage, ce partage sera soumis, comme celui d'un ascendant, à la rescision pour cause de lésion de plus du quart. Telle est la doctrine de M. Delvincourt.

618. Nous ne saurions l'adopter; la chose, au surplus, veut être envisagée sous un double point de vue.

Bien certainement si un frère, par exemple, a fait, par son testament, la distribution de ses biens entre ses frères et sœurs, en leur assignant à chacun tel ou tel objet, il n'aura pas pour cela fait un acte nul, quoiqu'il y ait déclaré positivement vouloir partager ses biens entr'eux; et ceux qui seraient mécontens de cette distribution ne pourraient l'at-

taquer et soutenir que la succession doit se partager d'après les règles sur les successions légitimes, sous prétexte que l'acte ne vaut pas comme acte de disposition, attendu que le défunt y a déclaré vouloir faire un partage, une simple distribution, et néanmoins qu'il est nul comme partage, attendu que la loi ne donnait pas à ce frère le droit de faire un partage. Car il a pu, au contraire, laisser ses biens à ses frères par toutes sortes d'expressions propres à manifester sa volonté (art. 967); et généralement même on trouvera dans le testament les termes ordinaires *je lègue*, *je donne et lègue*, *j'attribue, j'assigne* à tel et tel, après la déclaration de vouloir faire le partage et la distribution des biens ; ces expressions, ou autres analogues, seront presque toujours employées pour former la part de chacun des frères et sœurs. Mais quand même elles ne se rencontreraient pas dans l'acte, cet acte ne serait pas moins valable comme acte de disposition, *quia non sermoni res est subjecta, sed rei est sermo subjectus.*

Et si l'on suppose que c'est par acte entre-vifs que ce frère a déclaré vouloir faire entre ses frères et sœurs le partage de ses biens, et que toutes les formalités et conditions voulues par la loi aient été observées, ce qu'il faut bien supposer aussi pour qu'il y ait lieu à la question, il est encore plus difficile de prétendre, s'il est possible, que cet acte n'est pas valable en tant qu'acte de partage, parce que la loi ne l'autorisait pas formellement, et comme

acte de disposition, parce que c'est un acte de partage; car précisément, comme les formes de al donation entre-vifs ont par cela même été observées, l'acte est valable comme acte de disposition. Les frères, en effet, ont dû accepter expressément, puisque autrement l'acte serait nul sous tous les rapports, et il n'y aurait pas de question. En faisant la distribution de ses biens entre eux, l'auteur de l'acte a dû nécessairement aussi déclarer sa volonté de *donner* à chacun d'eux les objets qu'il lui assignait, ou il a dû employer tout autre expression propre à manifester sa volonté d'opérer en leur faveur un transport de la propriété des objets partagés, puisque l'acte est soumis aux mêmes formalités, conditions et règles que celles qui sont prescrites pour les donations entre-vifs ordinaires (art. 1076); par conséquent, l'acte renferme disposition.

Ainsi, sous ce rapport, la question posée d'abord serait résolue dans le sens de ceux qui pensent qu'un frère peut faire le partage et la distribution de ses biens entre ses frères et sœurs par acte testamentaire ou entre-vifs, tout en déclarant expressément dans cet acte sa volonté de faire un partage, une distribution, attendu qu'il fera par cela même des dispositions, et qu'il est même impossible aujourd'hui qu'il n'en fasse pas dans un acte entre-vifs, pour que cet acte puisse donner lieu à la question dont il s'agit, puisqu'autrement il serait nul sous tous les points de vue quelconques.

619. Mais on peut examiner la chose sous un autre aspect ; on peut se demander si, l'auteur de l'acte ayant en effet expressément déclaré vouloir faire un partage, une distribution de ses biens, cet acte ne serait pas nul au cas où l'un des héritiers présomptifs existant au du jour décès de l'auteur dudit acte n'y aurait pas été compris, et s'il ne serait pas rescindable aussi pour cause de lésion de plus du quart?

Que l'on suppose en effet qu'un frère que l'on croyait mort et dont le testateur n'a pas eu de nouvelles avant son décès, ait été omis dans le testament, ou qu'il en soit né un depuis l'acte entre-vifs. Car il est clair, pour nous du moins, que si c'est avec connaissance de cause que l'auteur de l'acte a passé son frère sous silence, l'existence de ce frère au jour de l'ouverture de la succession ne peut donner lieu de prétendre, ni à lui ni aux autres, que l'acte doit être annulé comme acte de partage, ainsi que le serait celui qui aurait été fait par un ascendant. Rien ne l'obligeait en effet d'attribuer une part à ce frère, et par conséquent son acte doit être considéré, non pas comme un acte de partage fait pour prévenir celui qui aurait eu lieu d'après les règles du droit commun entre tous ses héritiers présomptifs existans au jour de sa mort, mais bien plutôt comme un acte de disposition au profit de ceux-là seuls qu'il y a compris. C'est une distribution de ses biens, il est vrai, entre ceux-ci, mais cette distribution, par cela même qu'elle n'était pas faite

uniquement en vue de prévenir un partage après décès, et pour en tenir lieu, emporte virtuellement attribution, disposition, non seulement par rapport au frère exclu, mais encore par rapport à ceux qui ont été gratifiés, et entre eux. La volonté de l'auteur de l'acte dans ce cas est évidente; il a voulu faire et il a fait réellement des dispositions de biens, quoiqu'il ait qualifié son acte *partage*. Celui qui veut simplement partager, veut faire ce que ses héritiers auraient fait eux-mêmes; mais celui qui en exclut sciemment un ne fait pas ce qu'auraient fait ses héritiers, il attribue par cela même la part de l'exclu aux autres; il dispose, par conséquent. En sorte que, dans ce cas, il ne peut pas même y avoir lieu à l'action en rescision pour cause de lésion, quelque forte qu'elle fût.

Ce n'est donc que dans l'hypothèse prévue d'abord qu'il peut y avoir du doute, ou lorsque aucun frère existant au décès n'ayant été omis, l'un d'eux demande la rescision de l'acte pour lésion de plus du quart.

Eh bien, dans ce cas-là même, il nous paraît impossible d'attaquer l'acte entre-vifs sous l'un ou sous l'autre rapport. Cet acte, aux termes de l'article 1076, est régi par les règles des donations entre-vifs proprement dites; or, les donations entre-vifs sont irrévocables, sauf les cas d'exception prévus par la loi, mais dans aucun desquels l'on ne se trouverait dans l'espèce; et la demande en nullité de l'acte pour omission de l'un des héritiers

présomptifs, ou la demande en rescision de l'acte pour cause de lésion de plus du quart, serait également des atteintes portées au principe de l'irrévocabilité des donations. A la vérité, lorsque l'acte qualifié partage a été fait par un ascendant, il peut être attaqué pour lésion de plus du quart, et il est même nul si l'un des enfans ou descendans existans au décès de l'ascendant y a été omis, encore que cet acte fût entre-vifs; mais c'est parce que la loi le considère comme acte de partage, quoique ce soit avec disposition de biens; tandis que lorsqu'il est fait par un frère, c'est tout le contraire; c'est un acte de disposition, quoiqu'il ait été qualifié partage. Le caractère du partage prédomine dans le premier; le caractère de la disposition prédomine dans le second. Et la raison de cette différence tient aux rapports respectifs des parties : la prétérition ou la survenance d'un enfant annule le partage du père, parce que le père devait une réserve à son enfant, et qu'il y a présomption naturelle et légale tout à la fois, que s'il l'a omis, il l'a fait contre sa volonté. Il y a également présomption, s'il ne lui a laissé qu'une part fort inférieure à celles des autres, qu'il l'a fait par erreur, parce que le père est présumé avoir la même affection pour tous ses enfans. Mais un frère ne devant pas de légitime à son frère, il a pu le passer sous silence; et s'il lui a laissé moins qu'aux autres, il a pu le faire avec intention, ou même s'il l'a fait involontairement, ce n'est point une raison suffisante pour que ce frère moins

bien partagé puisse attaquer l'acte, car les rapports entre frères étant supposés moins étroits qu'entre ascendans et descendans, ce frère ne peut se plaindre d'avoir été moins bien traité que les autres; il ne peut pas dire qu'il y a dans l'acte une lésion de plus du quart *à son préjudice*, puisqu'il ne lui était rien dû.

Et dans le cas même où ce serait un testament, nous ne voyons pas non plus comment le frère omis pourrait attaquer l'acte, ni comment le frère moins bien traité que les autres pourrait se plaindre d'une lésion de plus du quart. On a vu précédemment (1) que, dans notre droit, un testament n'est point révoqué par la survenance d'un enfant au testateur, lors même qu'il n'en avait pas au moment où il a testé, et quoiqu'il fût mort avant d'avoir connu la naissance ou la grossesse. Or, la prétention du frère omis, ou du frère qui se plaindrait de la lésion, serait une révocation dont le Code ne parle point. L'attribution des objets à chacun des frères ou sœurs compris dans le testament n'est rien autre chose, en effet, qu'une disposition de biens, quoique le testateur ait déclaré, dans l'acte, vouloir faire le partage de son patrimoine, qu'il ait même dit vouloir faire le partage de son *hérédité*, puisque ce testament a aussi, d'après l'art. 1076, les effets du testament comme dans les autres cas, et que les

(1) N° 473 *et suivant, suprà.*

dispositions des art. 1078 et 1079 ne sont relatives qu'aux partages faits par ascendans. Mais ces mêmes articles étant des dérogations aux principes sur l'effet des actes testamentaires ou entre-vifs, ces dérogations ne peuvent être étendues par le juge d'un cas à un autre, surtout lorsque les motifs ne sont pas les mêmes.

Au surplus, si tous les biens qui existeront au décès n'ont pas été ainsi attribués, et si les frères ou sœurs qui ont reçu des attributions veulent participer aux objets non donnés ou légués, alors les règles sur le rapport deviennent applicables.

620. Nous traiterons, dans une première section, des actes par lesquels ces partages peuvent être faits, et des effets du partage par testament ou par acte entre-vifs.

Dans une seconde, de la nullité et de la rescision du partage.

SECTION PREMIÈRE.

Par quels actes ces partages peuvent-ils être faits, et quels sont les effets de ceux opérés par testament ou par acte entre-vifs.

SOMMAIRE.

621. *Les partages faits par ascendans ne peuvent avoir lieu que par actes entre-vifs, dans la forme des donations, ou par testament.*

621. Ainsi que nous l'avons dit, les partages dont il s'agit ne peuvent être faits que de deux manières : par acte entre-vifs ou par acte testamen-

taire, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs ou les testamens. (Art. 1076.)

Parlons d'abord des partages faits par testament : ils présentent moins de difficultés que les autres.

622. Puisqu'ils sont soumis aux règles ordinaires des testamens, il suit de là,

1° Que l'on doit y observer la formes du testament olographe, ou par acte public, ou mystique.

2° Le testateur doit être capable de faire l'acte au moment où il le fait et au moment de sa mort.

3° Les copartagés capables de recevoir du testateur au jour où il meurt peuvent seuls être compris dans le partage, sinon la part des incapables, par exemple des morts civilement, ou accroîtrait à celles des autres, ou resterait dans la succession *ab intestat*, suivant les distinctions que nous allons établir *infrà* 8°.

4° Le partage peut non-seulement comprendre les biens présens, mais encore les biens à venir. Toutefois, ces derniers biens ne peuvent y être compris que par quotités, puisque l'on ne peut désigner des objets que l'on n'a pas encore.

5° Le partage est l'ouvrage du testateur seul; l'intervention des enfans ou descendans dans l'acte testamentaire, pour accepter, est absolument inutile; mais elle ne vicierait pas le partage, pourvu, si le testament était en la forme olographe, qu'au-

cune écriture quelconque, même une signature, ne fût mise par un autre que le testateur (1).

6° Ce partage ne saisit pas les enfans ou descendans, même quant aux biens présens : il ne les saisit que du jour de la mort du testateur.

7° Il est toujours révocable par ce dernier.

8° Celui des copartagés qui ne survit pas au testateur ne transmet pas sa part à ses successeurs ou ayant-cause, si ce n'est toutefois à ses enfans ou descendans, qui le représentent, parce que l'acte est considéré comme un partage, qui ne détruit point en lui la qualité d'héritier, au contraire, qui la suppose. Et s'il ne laisse pas d'enfans, il faut distinguer : si l'ascendant a fait d'abord à tous les copartagés, et conjointement, le don des biens qu'il a voulu partager entr'eux, les assignations d'objets qu'il a faites dans la suite de l'acte pour composer le lot de chacun des enfans ne suffisent pas pour détruire le titre universel qui règne d'abord dans son testament; et le droit d'accroissement aura lieu entre les enfans existans. On l'admettait anciennement sans difficulté. Auroux-des-Pommiers, sur l'article 216 de la coutume du Bourbonnais, dans laquelle ces partages étaient fréquens, le décidait ainsi, et M. Grenier a adopté cette décision, comme applicable sous le Code. Mais ce jurisconsulte ne fait sur ce point aucune distinction, tandis qu'il faut né-

(1) *Voy.* tome précédent, nos 11 et 12, ce que nous avons dit sur l'intervention du légataire dans le testament pour accepter le legs.

cessairement en faire une pour le cas où l'ascendant n'aurait procédé que par des attributions spéciales, sans institution universelle ou collective, ou legs fait d'abord conjointement : dans ce cas, la part du prédécédé n'accroît pas à celles des autres; elle est caduque, et, comme telle, elle reste dans la succession *ab intestat*, sauf aux frères et sœurs à la recueillir, comme les autres biens laissés libres, en se portant héritiers. Car le droit d'accroissement n'a pas lieu quand les parts ont été assignées dans la disposition elle-même (art. 1044), quand l'assignation ne porte pas simplement sur le partage, mais biens sur le fond de la disposition.

9° Enfin, même un père et une mère ne pourraient faire le partage de leurs biens par un seul et même testament, quoique par acte public, même des biens qu'ils auraient en commun (art. 968); tandis qu'ils le pourraient par acte entre-vifs, même des biens qu'ils posséderaient séparément.

623. Le partage par acte entre-vifs devant être fait avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs (art. 1076), il faut tirer de là les conséquences suivantes.

1° Ces partages ne peuvent avoir pour objet que les biens présens (*ibid.*), parce qu'ils renferment aujourd'hui de véritables donations entre-vifs, ainsi que nous allons le démontrer successivement, et qu'on ne peut donner ce qu'on n'a pas. Aussi l'ascendant doit-il désigner clairement les objets

qu'il attribue à chacun des copartagés. Au surplus, le partage ne serait pas nul par cela seul qu'il comprendrait des biens à venir : seulement la clause relative à ces biens serait sans effet (art. 945).

2° Les parties doivent avoir respectivement la capacité de donner et de recevoir au jour où se forme le contrat.

3° L'acte doit être passé devant notaires, avec minute, et toutes les conditions et formalités prescrites par la loi du 25 ventôse an XI, pour la validité des actes reçus par notaires, doivent être observées (art. 931).

4° Les enfans ou descendans doivent accepter expressément le partage, ou il doit être accepté pour eux, de la même manière et avec les mêmes formes que s'il s'agissait d'une donation entre-vifs ordinaire. S'ils sont mineurs, ou s'il y a parmi eux des mineurs, la mère ou un autre ascendant peut accepter pour eux le partage fait par le père (article 935); et *vice versâ*, le père ou un autre ascendant peut accepter pour eux le partage fait par la mère. Mais celui qui fait le partage ne peut accepter : *nemo in negotio suo auctor esse potest.* Toutefois, dans un partage qui serait fait en commun par les père et mère par un même acte, rien n'empêcherait que la mère n'acceptât valablement pour les enfans mineurs en ce qui concernerait le partage du père, et le père en ce qui concernerait le partage de la mère. Cela peut avoir lieu même dans le partage de leurs biens communs. Mais pour

prévenir des difficultés, il vaut mieux dans ce cas faire accepter par un autre ascendant.

624. 5° Si le partage comprend des effets mobiliers, il doit en être fait un état estimatif annexé à l'acte, sinon ces objets n'y seraient pas censés compris (art. 1076 et 948 conbinés), et le partage pourrait être rescindé si l'exclusion de ces objets donnait lieu à une lésion de plus du quart au préjudice de l'un ou de plusieurs des copartagés. On doit toutefois, selon nous, excepter le cas où le partage serait fait à titre universel; dans ce cas, la nécessité de l'état estimatif ne se ferait pas également sentir, suivant ce que nous avons dit au tome précédent, n° 412 (1).

625. 6° La formalité de la transcription, pour les immeubles, doit être observée, à peine, pour celui ou ceux des copartagés qui la négligeraient, de l'application de l'art. 941. Et ils ne seraient point admis à demander la nullité du partage, ou sa rescision pour cause de lésion, dans le cas où le défaut de transcription aurait pour résultat de les priver de tout ou partie des objets qui leur avaient été attribués par l'ascendant; sauf leur recours tel que de droit et contre qui de droit; car, les autres ne doivent point souffrir de leur négligence. Il faudrait même le décider ainsi à l'égard des mineurs,

---

(1) *Voy.* néanmoins les numéros qui précèdent celui cité, où nous rapportons un arrêt qui est contraire à cette décision.

qui sont également passibles des suites du défaut de transcription (art. 942); sauf aussi à ces mineurs leur recours contre ceux qui étaient chargés de faire faire la transcription.

626. 7° Il y a dessaisissement du côté de l'ascendant en faveur des enfans ou descendans, lors même que cet ascendant se serait réservé l'usufruit ou la jouissance de tout ou partie des biens partagés, ainsi que cela a lieu communément quand l'ascendant ne stipule pas une rente viagère ou une pension et qu'il partage tout ou la majeure partie de ses biens. En conséquence, les copartagés peuvent disposer des biens, les vendre, les donner, les hypothéquer : leurs créanciers peuvent les faire saisir comme leurs autres biens; en un mot, il y a acquisition de la propriété.

Il y a dessaisissement, disons-nous, parce que le partage fait en cette forme est soumis non-seulement aux formalités, mais encore *aux conditions et règles* prescrites pour les donations entre-vifs; or, une des règles des donations entre-vifs, c'est de dépouiller le donateur et de saisir le donataire de l'objet donné. (Art. 894.)

Aussi, ces partages sont-ils irrévocables, à la différence de ceux de l'ancienne jurisprudence, qui n'étaient irrévocables que lorsqu'ils étaient faits par contrat de mariage (1). Dans la rédaction com-

(1) Ainsi qu'on peut le voir dans Lebrun, *des successions*, liv. 4

muniquée au Tribunat, l'art. 1076 portait, par une troisième disposition : « L'usage des démis- « sions révocables est aboli. » Le Tribunat proposa de dire : « Les démissions révocables sont prohi- « bées. » Mais on supprima l'une et l'autre rédaction, attendu que la disposition législative du Code devait être indépendante d'un ancien usage sur cette matière, et par conséquent qu'il était inutile de le rappeler.

Et puisque chacun des copartagés a été saisi de sa part, il s'ensuit que la mort de l'un des copartagés, même sans laisser d'enfans, ne donne pas lieu au droit d'accroissement, comme dans le cas du partage fait par testament avec institution collective ou universelle, divisée ensuite quant aux objets; en sorte que la part de celui qui est venu à mourir avant l'ascendant passe à ses héritiers quelconques; et ses créanciers peuvent même la faire vendre de son vivant, et du vivant de l'ascendant, en respectant toutefois sa jouissance, s'il se l'est réservée.

627. 7° Mais s'il ne se l'est pas réservée, soit par une clause expresse, soit d'après l'ensemble ou la teneur de l'acte, les enfans ou descendans ont droit de jouir de suite des biens; car il en serait incontestablement ainsi dans le cas d'une donation

---

chap. 1er, nos 12 et 13; et dans Auroux-des-Pommiers, sur l'art. 216 de la coutume du Bourbonnais, n° 27.

ordinaire (art. 949), et l'art. 1076 dit que les partages faits par acte entre-vifs doivent être faits avec les *conditions et règles* prescrites pour les donations entre-vifs. Aussi le Code ayant apporté, par cet article, de notables changemens à l'ancienne jurisprudence, où les partages n'avaient généralement effet qu'à la mort de l'ascendant, à tel point que, faits hors contrat de mariage, ils étaient révocables quoiqu'ils eussent eu lieu par acte entre-vifs, il faut être soigneusement attentif à ces changemens, et se tenir en garde contre les décisions des auteurs qui ont écrit d'après les anciens principes.

Aujourd'hui, ces partages faits par acte entre-vifs sont réellement attributifs de propriété, ils emportent donation, transport soudain des biens partagés : ce sont de véritables actes de disposition ; tandis qu'anciennement, étant révocables (à moins qu'ils n'eussent été faits par contrat de mariage), il est clair qu'ils n'emportaient point dessaisissement.

A la vérité, notre art. 1076 ne dit pas qu'ils produiront absolument les *mêmes effets* que les donations entre-vifs, mais c'eût été à tort qu'il l'eût dit, puisqu'une donation entre-vifs ne serait pas nulle parce que tous les enfans du donateur existans à son décès n'y auraient pas été compris ; au lieu qu'un partage fait par ascendant serait nul pour cette cause. De plus, une donation ordinaire, faite même au profit de tous les enfans, avec inégalité, ne serait pas rescindable pour cause de lé-

sion de plus du quart, comme le serait un partage. Mais, excepté ces différences, et quelques autres encore, que nous signalerons dans le cours de la discussion, notamment en ce qui touche la garantie qui serait due entre les copartagés, si l'un d'eux venait à être évincé de tout ou partie des objets échus à son lot, ces partages sont soumis aux règles des donations entre-vifs; l'article ci-dessus le dit positivement; par conséquent ils produisent les mêmes effets que ceux de ces donations, sauf ceux que la loi a exceptés. Voilà pourquoi elle ne permet pas d'y comprendre les biens à venir. Donc, si l'ascendant ne s'est pas réservé l'usufruit, les enfans ont le droit de jouir de suite des biens. Seulement, s'il eût partagé tout ou presque tout son patrimoine, on pourrait, par interprétation de sa volonté, ainsi que de celle des enfans eux-mêmes, voir dans cette circonstance une réserve tacite de la jouissance des biens, fondée sur la présomption naturelle qu'il n'a point entendu s'en remettre à la discrétion de ses enfans pour ses besoins, au risque d'être obligé de recourir à une demande en alimens : l'ensemble de l'acte pourrait encore appuyer cette interprétation. Mais, en principe, l'ascendant qui ne se réserve pas la jouissance des biens partagés, les transmet aux enfans purement et simplement. Aussi les notaires feront-ils sagement d'avertir les pères de famille, en pareil cas, des conséquences de leurs partages faits par acte entre-vifs.

628. 8° Un partage par acte entre-vifs dans lequel l'ascendant se réserverait la faculté de disposer des biens partagés, quoique ce fût à titre onéreux, n'aurait plus le caractère qu'il doit avoir; il rentrerait dans les anciennes démissions révocables et donations à cause de mort, rejetées par le Code, et il serait nul par la combinaison de notre art. 1076 avec l'art. 944.

Si l'ascendant s'était seulement réservé la faculté de disposer d'un ou plusieurs objets, ces objets ne seraient point censés compris dans le partage; en sorte que quand même l'ascendant n'en aurait pas disposé, ils feraient partie de sa succession *ab intestat* (art. 1076 et 946 combinés). Mais le partage ne serait pas nul pour cela, si tous les enfans se trouvaient y avoir encore une part quelconque; il serait seulement sujet à rescision pour lésion de plus du quart, s'il y avait lésion.

629. 9° La condition imposée aux copartagés de payer d'autres dettes et charges que celles qui existeraient au moment de l'acte, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte, soit dans un état qui y serait annexé, rendrait le partage nul et de nul effet (art. 1076 et 945 combinés), parce qu'alors il n'aurait plus pour résultat de conférer aux copartagés des droits certains, ainsi qu'il doit l'avoir aujourd'hui lorsqu'il est fait par acte entre-vifs.

Ils ne peuvent donc, en général (1), être chargés

(1) *Voy.* quant aux modifications que peut souffrir le principe re

des dettes postérieures au partage, parce qu'ils ne peuvent, par un acte entre-vifs, prendre la qualité d'héritiers d'un homme vivant; seulement si tous les biens existans au décès n'ont pas été partagés, et qu'ils veuillent les recueillir, comme ils sont obligés pour cela de se porter héritiers (article 1077), ils seront alors tenus même des dettes postérieures au partage, et même *ultrà vires*, s'ils n'acceptent pas la succession sous bénéfice d'inventaire.

Tandis que lorsque le partage a lieu par acte testamentaire, comme il n'a effet qu'à la mort du testateur, les copartagés sont nécessairement obligés de payer toutes les dettes existantes à cette époque, sauf les effets du bénéfice d'inventaire.

630. 10° Quant aux dettes existantes à l'époque du partage fait par acte entre-vifs, le Code ne dit pas si les copartagés en sont tenus par l'effet même de la nature de l'acte. Il garde le silence sur ce point, comme sur la contribution aux dettes du donateur dans le cas d'une donation entre-vifs de biens présens faite à titre universel, hors contrat de mariage, et dont nous avons parlé au tome précédent (1).

Si l'acte de partage contient des dispositions relatives aux dettes, on devra les suivre : mais s'il est muet à cet égard, alors il importe

---

lativement aux charges, ce que nous avons dit à ce sujet en traitant des donations entre-vifs ordinaires, au tome précédent, n° 483.

(1) Nos 472, 473, 482 et 483.

de distinguer de quelle manière il est conçu.

Si l'auteur du partage a procédé uniquement par attribution d'objets spéciaux à chacun des copartagés, il est vrai de dire qu'il n'a fait que des donations particulières à chacun d'eux, et, d'après cela, ils ne sont pas tenus de ses dettes, du moins en principe ; car le titre particulier, de sa nature, ne met pas les dettes à la charge du donataire ou légataire; et en réalité les copartagés sont des donataires. Les effets généraux et ordinaires des donations sont attachés à leur titre, sauf les modifications résultant de ce que l'acte est considéré aussi comme acte de partage; mais ces modifications n'ont point été étendues à l'obligation, pour les copartagés, de payer les dettes de l'auteur du partage; aucune disposition de la loi ne le dit. Anciennement, sans doute, il en eût été autrement, par la faculté qu'avait l'ascendant de révoquer son partage quand il n'avait pas eu lieu par contrat de mariage; et dans le cas où il avait été fait de cette manière, et par quotités, les copartagés étaient tenus des dettes comme donataires de quotités. Mais aujourd'hui les partages par acte entre-vifs sont irrévocables, et quand ils sont faits par simple attribution d'objets spéciaux à chacun des copartagés, comme ils ne renferment réellement que des dispositions à titre particulier, les copartagés ne sont point tenus des dettes existantes au jour du partage, du moins en principe et par le seul effet de l'acte.

Mais si l'acte de partage contient d'abord une

clause de donation universelle ou à titre universel, par exemple de moitié des biens, ou donation des immeubles ou des meubles, la désignation faite ensuite des objets pour les attribuer spécialement à chacun des copartagés et en former sa part, n'enlève pas à la donation son caractère de donation universelle ou à titre universel; car cette désignation des objets était précisément indispensable pour atteindre le but que se proposait l'auteur de l'acte, celui de faire un partage. En conséquence, dans ce cas, les copartagés sont tenus des dettes existantes ou jour du partage et qui ont acquis une date certaine à cette époque, dans la proportion des biens par eux reçus comparativement à ceux que l'ascendant n'a point partagés, sauf à diminuer la valeur de l'usufruit, si l'ascendant se l'est réservé.

C'est ce qu'a jugé la Cour de Bordeaux, par arrêt du 25 mars 1827, dont nous avons cité les principales dispositions au tome précédent (1), notamment que les créanciers de l'escendant dont les titres étaient antérieurs au partage, ayant action contre l'ascendant donateur, l'avaient par cela même contre les donataires, tenus, dans le cas dont il s'agit, des dettes de leur auteur par le fait même de la donation universelle; et qu'ils avaient action contre eux tant qu'il leur restait quelqu'émolument de la libéralité (2).

(1) N° 472.

(2) *Voy.* aussi sur ce dernier point un arrêt de la Cour de Riom,

Et même dans le cas que nous avons supposé d'abord, d'attributions toutes spéciales, le partage ne peut faire aucun préjudice aux créanciers; en sorte que si l'ascendant ne se réserve pas assez de biens pour payer ses dettes alors existantes, ces mêmes créanciers peuvent poursuivre pour le surplus les copartagés, attendu que la donation se trouve avoir été faite en fraude de leurs droits; ils peuvent l'attaquer en vertu de l'art. 1167 et des autres dispositions du droit commun.

Et si, dans cette même hypothèse, l'ascendant avait distribué tout son bien ou presque tout son bien, ses enfans ou descendans devraient, en général, l'affranchir de ses dettes existantes au jour du partage, sinon par l'effet des principes et la nature de leur titre, qui est ici un titre particulier, mais par l'effet d'une présomption de volonté des parties; surtout lorsqu'il s'agirait de dettes hypothécaires grevant les biens partagés, ou autres dettes connues des enfans.

631. Si tous les biens que l'ascendant laisse au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y ont pas été compris sont partagés conformément à la loi sur les successions. (Art. 1077.)

du 2 novembre 1809 (Sirey, 12-2-380), qui a même jugé que le donataire de quotité des biens présens ne pouvait purger les hypothèques dont ils étaient grevés, sauf son recours contre le donateur.

Il en serait ainsi quand même l'ascendant aurait donné par l'acte de partage, et par préciput, à l'un de ses enfans, une portion de la quotité disponible, indépendamment de sa part, ainsi qu'il l'a pu, s'il l'a fait par testament ; cet enfant n'aurait pas pour cela dans les biens non partagés une part proportionnelle à ce qu'il a eu par l'acte de partage, en alléguant la présomption de volonté du défunt ; il n'aurait toujours qu'une part égale à celle des autres, mais il l'aurait égale.

632. Nous disons *s'il l'a fait par testament*, car la quotité disponible ne peut se déterminer qu'au décès (art. 922), puisqu'elle est une portion des biens laissés par le disposant ; elle comprend donc par conséquent les biens à venir comme les biens présens ; or, l'on ne peut donner les biens à venir que par testament ou par institution contractuelle, et non par donation entre-vifs. Mais si le don fait à l'enfant est en corps certains ou en quantités, ou d'une quotité des biens présens, il n'y a plus de difficulté ; seulement s'il n'a pas été fait par préciput, l'enfant peut bien le retenir ou le réclamer, en renonçant aux biens non partagés (art. 845), et s'en tenir ainsi à ce qui lui a été attribué par le partage et par la disposition, pourvu qu'il n'y ait pas excès du disponible par la réunion de cet avantage avec celui qui résulterait pour lui du partage, mais s'il veut venir au second partage, il doit le rapport du don fait entre-vifs, et ne peut réclamer le legs (art. 843).

633. Enfin le partage fait par l'ascendant étant un véritable partage pour tout ce qui n'est que division et distribution de biens, il s'ensuit que la garantie est due en cas d'éviction de tout au partie des objets assignés au lot de l'un des copartagés; et à cet égard s'appliquent les art. 884, 885 et 886 dans les principes et dans les modifications qu'ils consacrent et que nous avons expliqués précédemment tome VII, nos 523 et 550.

Mais pour les dons ou legs faits à tel ou tel des copartagés, quoique par l'acte même de partage, la garantie n'en est pas due en principe; elle ne le serait qu'à raison de quelque circonstance particulière.

SECTION II.

De la nullité et de la rescision du partage.

SOMMAIRE.

634. *Le partage est nul s'il n'est pas fait entre tous les enfans existans au décès de l'ascendant et les descendans de ceux prédécédés.*

635. *Les enfans naturels ne sont pas comptés, sauf à eux à demander la portion qui leur revient.*

636. *Motifs pour lesquels ceux même qui ont été compris dans le partage peuvent en demander un nouveau.*

637. *L'ascendant a pu se contenter de faire un partage par souches, sans faire les subdivisions.*

638. *Les enfans morts civilement au décès de l'ascendant ne sont pas comptés, et l'omission d'un indigne ou d'un renonçant n'annule pas non plus le partage.*

639. *L'omission d'un enfant capable qui est venu à mourir avant l'ascendant n'est non plus d'aucune considération.*

640. *Et il en serait ainsi lors même que cet enfant n'aurait pas existé au moment du testament ou de l'acte entre-vifs.*

641. *L'enfant compris dans le partage et qui a laissé des descendans, est représenté par eux.*

642. *Pour que le partage soit nul, il faut que l'un des enfans existans au décès de l'ascendant n'y ait reçu aucune part, sinon il pourrait seulement être rescindé pour lésion, s'il y avait lieu.*

643. *Quel est l'effet de cette nullité; y a-t-il besoin de la faire prononcer pour procéder à un nouveau partage, et pendant combien de temps pourra-t-on demander ce nouveau partage ?*

644. *Le partage fait par l'ascendant peut être attaqué pour lésion de plus du quart, et dans un autre cas. Texte de l'article* 1079.

645. *Il n'y a pas à distinguer entre les partages faits par acte entre-vifs et ceux faits par testament.*

646. *Quelle est la durée de l'action dans ces cas.*

647. *La rescision pour lésion de plus du quart dans le partage entre-vifs peut être demandée même du vivant de l'ascendant.*

648. *Il n'y a que ceux qui peuvent établir une lésion de plus du quart dans les biens partagés, qui aient le droit d'attaquer le partage pour cette cause.*

649. *Diverses hypothèses et décisions.*

650. *Suite; les dons par preciput sont maintenus jusqu'à concurrence du disponible, nonobstant la rescision du partage.*

651. *L'enfant avantagé peut arrêter le cours de l'action en rescision en offrant un supplément de lot.*

652. *De quoi doit être ce supplément quand l'enfant a été avantagé par des dons faits sans clause de préciput.*

653. *Cas où il y a plus de deux copartagés dont les uns sont lésés de plus du quart, et d'autres moins.*

654. *L'excédant du disponible relatif à l'enfant avantagé par des dons et par le partage, retombe dans la succession* ab intestat, *et appartient à tous indistinctement.*

655. *Promesse faite par un père en mariant ses enfans de leur laisser son hérédité par égales portions est valable; elle l'empêche, en général, de disposer; mais le partage qu'il aurait fait de ses biens ne serait pas pour cela rescindable sous prétexte de la plus légère lésion, il y aurait lieu seulement à une indemnité.*

656. *Cette promesse n'a effet, malgré la généralité de ses termes, que pour ceux des enfans dans le contrat de mariage desquels elle se trouve.*

657. *Cas où un acte quoique qualifié partage n'est néanmoins qu'un acte de disposition.*

658. *Le père peut prévenir l'indivision entre ses enfans par la voie parallèle au partage proprement dit, quand ce qu'il a à partager n'est pas susceptible de division sans détérioration.*

659. *Dans les autres cas, il doit procéder comme procéderait le juge, sauf aussi les cas de circonstances particulières.*

660. *L'enfant qui attaque le partage avance les frais de l'estimation et les supporte si sa réclamation est jugée mal fondée.*

634. S'il n'est pas nécessaire que le partage comprenne tous les biens que laissera l'ascendant au jour de son décès, soit qu'il ait lieu par acte entre-vifs, soit même qu'il ait lieu par testament, il est du moins indispensable qu'il soit fait entre tous les enfans qui existeront à cette époque, et les descendans de ceux prédécédés; sinon, il est nul pour le tout, et il peut en être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfans et descendans qui n'y ont reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage a été fait. (Art. 1079.)

635. Les enfans naturels, même volontairement

reconnus n'étant pas héritiers (art. 756), l'ascendant a pu les passer sous silence, sauf à eux à demander la portion qui leur revient. Les dispositions du Code sur ce sujet sont puisées dans l'ancien droit, et tout porte à penser que par *enfans et descendans* l'on a entendu parler ici des enfans et descendans légitimes.

636. Ceux-là même, disons-nous, qui ont été compris dans le partage peuvent en demander la nullité, parce que la loi a cru devoir le révoquer et faire rentrer ou laisser les biens dans la succession *ab intestat*. On n'a pas voulu qu'ils fussent ainsi contraints de rester indéfiniment, pour ainsi dire, dans l'incertitude sur le sort de leur possession et de leurs droits, ce qui les eût maintenus dans un état d'indivision forcée, contre l'esprit de la loi (art. 815) et le bien général. Dès qu'on anéantissait le partage pour cette cause, il était conséquent de donner à tous les héritiers indistinctement le droit d'en demander un nouveau.

637. Au reste, l'ascendant n'était pas obligé, pour faire un partage valable, d'opérer lui-même la subdivision entre les enfans de ses enfans prédécédés : il a pu se contenter de faire un partage par souches, c'est-à-dire, d'attribuer une part à tous les enfans d'un enfant, sans la diviser entr'eux.

638. *Par enfans qui existeront à l'époque du décès*, l'art. 1078 entend parler de ceux que existeront na-

turellement et civilement à cette époque, de ceux en un mot qui pouvant succéder n'ont reçu aucune part dans le partage. Aussi, par identité de raison, l'on ne doit avoir aucun égard aux indignes ni aux renonçans : ils ne doivent pas être comptés. Il n'y avait pas nécessité d'attribuer une part à celui qui ne devait ou qui n'a voulu n'en avoir aucune. Sous ce rapport, et *propter hereditatem*, c'est comme s'ils n'existaient ni l'un ni l'autre. Si l'on disait que par leur omission dans le partage, le droit d'en demander la nullité a été acquis aux autres enfans depuis l'ouverture de la succession, nous répondrions que le fait de l'indignité et la renonciation supposent précisément le contraire, parce qu'ils ont effet à partir même de la mort de l'ascendant. En un mot, ceux qui ont été compris dans le partage ne peuvent en demander un nouveau qu'autant que les autres peuvent de leur côté venir à l'hérédité et les obliger à regarder comme non avenu l'acte de l'ascendant : or, cela ne peut se dire des morts civilement, des indignes ni des renonçans.

639. Et quand bien même un enfant capable aurait été omis, même volontairement, dans le partage par acte entre-vifs ou testamentaire, si cet enfant était venu à mourir avant l'ascendant, sans laisser de descendans, le partage ne pourrait pas être méconnu pour cela par ceux qui y ont été compris : l'art. 1078 ne les autoriserait pas à en

demander un nouveau, puisqu'il se trouverait encore être fait entre tous les enfans existans au décès de l'ascendant.

640. Il faut en dire autant du cas où, depuis l'acte de partage, même entre-vifs, il serait survenu un autre enfant décédé avant l'ascendant ; on ne pourrait prétendre que sa naissance a révoqué l'acte, comme acte contenant donation, puisque l'ascendant avait enfans lors du partage, et par conséquent que ce n'était point le cas de la révocation pour survenance d'enfans.

641. Enfin le prédécès de l'un des enfans compris dans le partage, et qui a laissé des enfans, n'autorise ni ceux-ci ni les autres copartagés à prétendre que le partage est nul, sous prétexte que les petits enfans n'y ont pas été compris, puisqu'au contraire ils y ont été compris dans la personne de leur père.

Si, dans ce cas, le partage a eu lieu par testament, ils recueillent, comme nous l'avons déjà dit, la part qui avait été assignée à leur père, par droit de représentation, sans être obligés pour cela d'accepter sa succession, même bénéficiairement ; droit qui peut leur être fort avantageux au cas où elle serait mauvaise. Car on représente fort bien celui-là même à la succession duquel on a renoncé (article 744). Mais si le partage a eu lieu par acte entre-vifs, comme le prédécédé a été saisi de sa part, qui s'est confondue avec ses autres biens, ses

enfans ne peuvent la recueillir que par droit de transmission, *jure hereditario ;* par conséquent ils sont obligés pour cela de se porter ses héritiers et de payer ses dettes, sauf à eux à user du bénéfice d'inventaire, pour n'être pas tenus *ultrà vires.*

Si l'enfant prédécédé n'avait par laissé d'enfans ou de descendans, il faudrait encore distinguer entre le cas où le partage aurait eu lieu par testament et celui où il aurait été fait par acte entre-vifs. Dans la première hypothèse, s'appliquerait ce qui a été dit plus haut, savoir, que la part de cet enfant accroît à celle des autres, si le testateur a fait d'abord un legs ou une institution conjonctive, suivie ensuite d'attributions d'objets spéciaux à chacun pour former les lots; ou bien elle est caduque et reste dans la succession *ab intestat*, dans le cas où il n'y a eu que des attributions à titre particulier. Mais dans l'une et l'autre hypothèse, ni les héritiers du copartagé prédécédé, autres que ses enfans ou descendans, ni ses créanciers, ne peuvent prétendre des droits à cette part; tandis que si le partage a eu lieu par acte entre-vifs, elle a fait partie de son patrimoine dès l'acceptation de la donation, et ses héritiers quelconques, ainsi que ses créanciers, y ont des droits.

642. Il faut au surplus bien remarquer que, dans l'esprit et les termes de l'art. 1078, pour que le partage soit nul, il est nécessaire que l'un des enfans existans au décès de l'ascendant n'y ait reçu aucune

part; en sorte que s'il en a reçu une quelconque, même la plus faible, il n'y a pas lieu à la nullité, parce qu'il n'y a pas prétérition; il peut seulement y avoir lieu à la rescision pour lésion de plus du quart, dont nous allons bientôt parler. L'enfant n'a point été oublié lorsqu'il a reçu quelque chose par le partage, et c'est sa prétérition, quand il existe d'ailleurs au jour du décès de l'ascendant, qui annule le partage.

643. Mais quel est l'effet de cette nullité? en d'autres termes, le droit de demander un nouveau partage dans ce cas ne dure-t-il que dix ans, ou bien le temps ordinaire, comme si le partage fait par l'ascendant n'existait pas?

L'art. 1078 porte que si le partage n'a pas été fait entre tous les enfans qui existeront à l'époque du décès et les descendans de ceux prédécédés, *il sera nul pour le tout*; et suivant l'art. 1304, dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. Or, le partage fait par acte entre-vifs est une convention, cela est incontestable, et la loi n'a pas déterminé la durée de l'action en nullité dans le cas dont il s'agit.

D'un autre côté, l'art. 1078 ajoute *qu'il pourra en être provoqué un nouveau dans la forme légale,* et cet article ne semble pas laisser entendre qu'il est besoin pour cela de faire prononcer préable-

ment la nullité de celui qui a été fait par l'ascendant : ce serait par voie d'exception qu'on l'écarterait, si, sur la demande en nouveau partage, le défendeur voulait l'invoquer et en tirer avantage. En un mot, la nullité paraît être de droit, comme étant prononcée par la loi elle-même, et n'avoir pas besoin de l'autorité du magistrat pour être reconnue et établie. Il en serait de ce cas comme de celui prévu à l'art. 692 du Code de procédure, où l'acte est, non pas seulement annulable, mais nul de droit et réputé non avenu, tellement qu'il n'est pas même besoin d'en faire prononcer la nullité. Ainsi l'art. 1304, dans ce système, ne serait point applicable, et un nouveau partage pourrait être provoqué même après les dix ans depuis la mort de l'ascendant et tant que la prescription pour acquérir les biens ne serait pas accomplie ; on serait encore dans les termes des art. 815 et 816.

Cela nous paraît d'abord incontestable à l'égard du partage fait par testament : l'art. 1304 ne saurait être applicable à ce cas, puisqu'un testament n'est pas une *convention*, mais bien l'ouvrage d'une seule personne.

En second lieu, le partage par acte entre-vifs lui-même n'existe réellement pas par rapport à celui des enfans qui n'y a pas été compris : à son égard ce n'est point une convention, c'est le néant ; par conséquent cet enfant omis ne peut pas avoir seulement dix ans pour le détruire en en demandant un nouveau ; il doit avoir tout le temps qui est ac-

cordé de droit commun à un héritier pour réclamer sa portion des biens héréditaires. Que si l'on objectait que le partage est une convention entre l'ascendant et les autres enfans, et que celui qui a été omis veut cependant agir comme héritier de l'ascendant, et dès lors que ce qui était une convention par rapport à l'ascendant en est une aussi par rapport à lui, ce qui rendrait ainsi applicable l'art. 1304, on répondrait qu'il faut distinguer deux sortes de droits ou d'actions dans les héritiers : celles qu'ils ne peuvent exercer qu'autant qu'elles leur ont été transmises par leur auteur, et celles qu'ils tiennent directement de la loi en vertu de leur qualité d'héritiers, mais que le défunt ne leur a point transmises, par la raison toute simple qu'il ne les avait pas lui-même. Et celle dont il s'agit est de ce nombre ; il en est ainsi de celle en réduction des donations entre-vifs excessives, pour former la réserve, et de quelques autres encore.

Il ne peut donc y avoir de doute sur la durée du droit de demander un nouveau partage, dans le cas dont il s'agit, qu'en ce qui concerne ceux qui ont été compris dans celui fait par l'ascendant, et lorque ce partage a eu lieu par acte entre-vifs ; car à leur égard on ne peut nier que ce ne soit une convention, puisqu'ils y ont été parties. Néanmoins, nous pensons qu'il est entré dans la pensée des auteurs du Code de regarder ce partage comme absolument nul et non avenu par rapport à tous les enfans indistinctement; c'est une nullité absolue, une nul-

lité de droit, qui fait réputer l'acte sans effet; la loi elle-même en prononce l'anéantissement comme dans le cas d'une donation révoquée pour survenance d'enfans, et remet ainsi les choses en même et semblable état que si l'acte n'avait pas eu lieu. On a voulu établir une égalité de position et de droits parfaite à ce sujet entre tous les enfans, parce que, ainsi que nous l'avons déjà dit, il a paru trop dur de laisser ceux qui auraient été compris dans le partage à la discrétion des autres, sans pouvoir de leur côté sortir d'incertitude sur les effets de leur possession et de leurs droits.

644. Le partage fait par l'ascendant pent être attaqué pour cause de lésion de plus du quart; il peut l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. (Art. 1079.)

Et à plus forte raison en serait-il de même, si les dons étaient faits sans clause de préciput.

645. La loi ne distingue pas entre le partage par acte entre-vifs et le partage par testament, quoique le premier ait dû être accepté pour produire son effet. L'enfant lésé a accepté ou par erreur ou *ne pejùs pater faceret*. D'ailleurs le consentement donné aux partages ordinaires n'empêche pas la la rescision pour lésion de plus du quart, parce qu'alors le consentement est infecté d'erreur. A plus forte raison en doit-il être ainsi dans un partage qui

n'est au fond que l'expression de la volonté du père de famille, et d'une volonté que la loi présume naturellement être le résultat de l'erreur, d'une fausse appréciation de la valeur respective des objets qu'il a assignés à chacun des copartagés, lorsqu'il s'y rencontre une lésion considérable, telle que celle du tiers au quart.

646. Et comme il s'agit, dans ce cas, d'une rescision, et non d'une nullité de droit, à la différence du cas précédent, le délai pour attaquer le partage ne durerait que dix ans, comme lorsqu'il a eu lieu par acte passé par les héritiers, ou judiciairement (1). Ces dix ans commenceraient à courir du jour de l'acceptation du partage fait par acte entre-vifs, et du jour de la découverte du testament postérieurement à la mort du testateur, s'il était fait par acte testamentaire. Et si parmi les copartagés il y avait des mineurs ou des interdits, le délai ne commencerait à courir contre eux qu'à partir de leur majorité ou de la main-levée de l'interdiction (art. 1304), et, par argument de cet article, lors même que le partage aurait eu lieu par testament.

647. Ainsi, le partage fait par acte entre-vifs peut être attaqué du vivant même de l'ascendant quand il s'agit de lésion de plus du quart, attendu que les copartagés ont été saisis de la propriété des

(1) *Voy.* tom. VII, n° 581 et 590.

biens partagés, puisque ces partages faits en cette forme renferment aujourd'hui de véritables donations entre-vifs, suivant ce que nous avons dit précédemment. L'ascendant a voulu ou est présumé avoir voulu attribuer à tous des droits égaux dans les biens partagés ; or, ces droits cesseraient d'être égaux si l'un des enfans était obligé de se contenter, pendant la vie du père, de la jouissance d'une portion de beaucoup inférieure en valeur à celles des autres.

648. Il n'y a toutefois que celui qui peut établir une lésion de plus du quart à son préjudice qui ait le droit de demander la rescision du partage pour cette cause, quand bien même d'autres seraient lésés de plus du quart ; et cette lésion s'entend d'une lésion soufferte à l'égard des biens partagés, et non par rapport à la masse des biens en général. En sorte que si, par l'effet de donations entre-vifs antérieures ou postérieures, ou de legs, au profit d'un étranger, ou même au profit d'autres enfans, celui qui se plaint du partage n'avait pas les trois quarts de ce qu'il eût pu avoir dans un partage parfaitement égal de la succession non diminuée par ces donations ou par ces legs, quand d'ailleurs il a bien les trois quarts francs d'une portion des biens partagés, en les supposant distribués avec une égalité parfaite, cet enfant, disons-nous, ne pourrait attaquer le partage pour cause de lésion : il ne le pourrait, dans cette hypothèse, qu'autant que les dons

auraient été faits à l'un ou plusieurs des autres copartagés, et que la réunion de ces avantages à ceux qui résulteraient aussi pour eux du partage fait avec inégalité, donnerait à ces copartagés au delà de ce dont la loi permettait à l'ascendant de disposer en leur faveur. Tel est l'esprit et même la lettre de l'art. 1079.

649. Ainsi, en supposant qu'un père ayant deux enfans, et des biens d'une valeur de 24,000 fr., toutes dettes déduites, ait donné entre-vifs ou par son testament à un étranger jusqu'à concurrence de 8,000 fr., qui forment son disponible (art. 913), et qu'en distribuant les autres 16,000 fr. de biens, il ait assigné à l'un de ses enfans un objet d'une valeur de 6,100 fr. : par exemple, et à l'autre le surplus, il n'y a pas lieu à la rescision du partage, attendu que même l'enfant le moins bien traité ne peut se plaindre d'une lésion de plus du quart dans ce partage, et que son frère, loin d'avoir un avantage plus grand que la loi ne le permet, n'a pas même sa part franche dans l'hérédité.

Pourquoi, en effet, rescinderait-on le partage? Le père de famille n'a-t-il pas eu le droit de le faire, quoiqu'il eût donné l'équivalent de son disponible, même son disponible en forme, à un étaanger? Incontestablement, car aucune loi ne l'en privait pour cette cause.

Et s'il a eu le droit de le faire, si la magistrature domestique qu'il a exercée à cet égard a eu pour objet

de rendre superflue celle du magistrat légal, ou un acte passé entre ses héritiers, il a dû aussi pouvoir faire valablement un acte qui serait inattaquable sous ce rapport, si le partage avait été fait en justice, ou à l'amiable entre ses successeurs : la lésion dont il s'agit, et même une plus forte, eût pu pareillement se rencontrer dans un autre partage ; elle pourrait d'ailleurs se rencontrer encore dans un nouveau, puisque l'attention la plus scrupuleuse ne met pas toujours à l'abri des fausses appréciations ; enfin l'autre copartagé ne doit pas doublement souffrir de ce que son ascendant a fait des dispositions au profit d'un tiers, et voir ainsi rescinder un partage qui serait très bon, encore un coup, s'il l'eût fait de gré à gré ou en justice avec son frère. En un mot, il n'y a pas lésion dans le partage lorsque aucun des copartagés ne peut en établir une de plus du quart à son préjudice dans les biens partagés, si les dons ou legs qui auraient été faits l'ont été, comme dans l'espèce, au profit d'un étranger, ou même au profit d'un copartagé, pourvu, dans ce dernier cas, que ces dons réunis aux avantages qui résulteraient réellement du partage en faveur de ce copartagé, ne lui donnent pas au delà de ce dont la loi permettait au défunt de disposer à son profit.

Et l'on sent facilement le motif de cette restriction : on n'a pas dû permettre à l'ascendant d'employer l'une et l'autre voie pour avantager outre mesure l'un de ses enfans au détriment des autres ;

pour qu'il pût ainsi lui donner tout à la fois son disponible, et, dans un partage fait avec dessein, une portion des parts qui devaient revenir aux autres : par exemple, on n'a pas voulu, dans l'espèce posée ci-dessus, qu'il pût lui donner les 8,000 fr. formant son disponible, plus lui attribuer dans le partage des autres 16,000 fr., des valeurs pour neuf ou dix mille francs ; ce qui aurait excédé ce disponible. On a dû craindre la trop grande facilité qu'il y aurait eu d'avantager ainsi excessivement l'un des enfans ; mais cette fraude n'était pas à craindre lorsque, tout en rapprochant les dons, qui lui ont été faits, des avantages que peut réellement lui offrir le partage, cet enfant lui-même n'est pas avantagé au delà de ce que la loi permettait au père de lui donner : alors on est dans les termes du droit commun, et l'on doit y rester.

650. Aussi faudrait-il décider, dans l'espèce, que si, des 8,000 fr. dont le père a disposé, il en avait donné même la plus forte partie à l'enfant avantagé par le partage, *putà* 5,000, son frère ne pourrait non plus se plaindre ; car il ne résulterait pas de ces 5,000 fr. réunis à l'avantage provenant du partage une valeur plus considérable que celle que le père de famille pouvait attribuer à l'enfant sans blesser la loi, puisque ce dernier n'aurait même pas, outre une part égale, les 8,000 fr. dont le père pouvait disposer à son profit.

Et il est indifférent, dans ce cas, que le don fait

à l'enfant l'ait été sans clause de préciput ou avec préciput ; car comme celui-ci ne se présente pas à un autre partage, puisque celui de l'ascendant est maintenu, il n'a pas besoin d'une clause de hors part pour retenir le don ou réclamer le legs qui lui a été fait : l'art. 843 n'est plus applicable.

Mais si l'on suppose que les 8,000 fr. donnés l'aient été à l'enfant, et que par le partage le père lui ait assigné des objets d'une valeur de 9,000 fr., et au frère le surplus des 16,000 fr. restans, alors il y a lieu à rescision, attendu que l'enfant a 17,000 fr. de valeurs, tandis qu'il n'en pouvait avoir au plus que 16,000. Cependant aucune de ces dispositions prise isolément ne pouvait être critiquée, puisque le don n'excédait pas la quotité disponible, et que le partage ne contenait pas une lésion de plus du quart au préjudice du frère.

Si, dans cette espèce, le don ou le legs fait à l'enfant a eu lieu par préciput, celui-ci le conservera jusqu'à concurrence du disponible, et par conséquent en entier dans l'espèce, lors même que le partage serait rescindé, et que le don serait porté dans l'acte de partage lui-même ; car il y aurait deux choses, dont l'une pourrait très bien subsister sans l'autre.

651. Mais l'enfant avantagé ne peut-il pas arrêter le cours de l'action en rescision du partage en offrant un supplément de lot, comme dans les cas ordinaires ? L'art. 891 est-il applicable aux partages

faits par les ascendans? Cela n'est pas douteux pour nous, car le partage n'est pas nul, comme dans le cas de prétérition d'un enfant, ou d'un vice de forme, ou pour défaut de capacité dans l'auteur de l'acte; il est seulement rescindable pour cause de lésion; par conséquent, dès que le défendeur offre de la purger par le relâchement d'un supplément de lot, soit en nature, soit en numéraire (1), il n'y a plus lieu de se plaindre (2). Le partage fait par le père de famille est aussi favorable que tout autre partage, et c'est probablement par ces motifs que l'on a jugé superflu de placer dans ce chapitre du Code une disposition semblable à celle de l'article 891 : on a sans doute pensé que ce serait une répétition inutile. En relâchant 1,000 fr. à son frère, l'enfant avantagé pourrait donc éviter la rescision du partage.

Mais si, dans l'espèce, le don fait à l'enfant était seulement de 1,000 fr., et le lot de cet enfant d'une valeur de 16,000 fr. : alors le partage serait rescindé, sauf l'offre d'un supplément de lot au frère,

---

(1) *Voy.* sur l'offre de ce supplément de lot et en quoi il peut avoir lieu, ce qui a été dit au tom. VII, n° 583.

(2) C'est aussi l'avis de M. Grenier, et *voy.* en ce sens un arrêt de la Cour de Riom, du 25 avril 1818 (Sirey, 20-2-278), qui a jugé, dans l'espèce d'un père qui, par son testament, avait légué son disponible par préciput à son fils, et qui avait, par un acte postérieur, confirmant le testament, fait un partage inégal de ses biens entre ce fils et ses deux sœurs, que ce partage n'était pas nul; que le fils avantagé aussi par ce partage devait seulement fournir à chacune de ses sœurs, en argent ou en nature, le quart des biens de la succession, le disponible lui demeurant réservé.

de la somme de 4,500 fr., afin qu'il eût 11,500, ou moitié des 23,000 fr. dont se composait la valeur des biens qui ont été la matière du partage : car, l'offre d'un supplément pour atteindre seulement le point où le partage n'eût pas été rescindable pour cause de lésion de plus du quart, serait insuffisante : il faudrait que le supplément de lot fût complet, comme dans les partages ordinaires (1).

652. Tous ces points sont hors du domaine de la controverse; mais le cas suivant est plus délicat. Supposons, toujours dans la même hypothèse, que le don fait à l'enfant ait été des 8,000 fr. formant le disponible, mais que ce don lui ait été fait sans clause de préciput, et que le partage lui ait assigné des valeurs estimées 9,000 fr., par exemple, ce qui par conséquent n'a laissé que pour 7,000 fr. de valeurs au frère.

Celui-ci peut incontestablement se plaindre, en vertu de la seconde disposition de l'art. 1079, et si le partage était rescindé, l'enfant avantagé serait bien obligé de se soumettre à la loi du rapport pour venir prendre part dans un nouveau partage.

Mais peut-il écarter la demande en offrant un supplément de lot de 1,000 fr. seulement, ainsi que nous venons de le décider sur le cas où le don lui a été fait avec préciput? Ou doit-il offrir un supplément complet, ou de 5,000 fr., comme si ce don fait

(1) *Voy.* tom. VII, n° 563.

sans préciput n'existait pas et que ce fût par le partage lui-même qu'il eût reçu les 17,000 fr. qui lui sont advenus par l'une et l'autre voie?

On doit regarder le partage fait par l'ascendant comme s'il eût été fait par les frères eux-mêmes; or, dans ce cas, les 8,000 fr. donnés sans clause de préciput se serait confondus dans la masse. Dès que le partage est rescindable, tout ce qui serait partagé s'il était effectivement rescindé, fait partie de la masse, et le supplément de lot offert par le défendeur à la demande en rescision doit être de ce qui manque au demandeur pour avoir une part égale dans cette masse ainsi composée. Sans doute, de cette manière, il est avantageux au demandeur de n'avoir eu dans son lot que 7,000 fr. seulement, au lieu de 8,000 et plus; car, dans cette dernière hypothèse, et le don, quoique fait sans préciput, et le partage auraient reçu l'un et l'autre leur exécution, attendu que le rapport n'aurait pas été dû, puisqu'il n'y aurait pas eu de nouveau partage, la lésion n'existant pas dans ce cas. Mais ce résultat, qui paraît bizarre au premier coup-d'œil, est cependant le même dans les autres cas de rescision pour cette cause, puisque le supplément de lot doit être complet dans tous les cas.

Si l'on objectait qu'ici c'est le partage seul qui a produit la lésion et fondé la demande en rescision, et qu'en effaçant cette lésion par l'offre de 1,000 fr. le défendeur satisfait tout à la fois à la loi et à l'équité, on répondrait toujours que le don des 8,000 fr.

n'étant pas par préciput, ces 8,000 fr. font partie de la masse partageable; or, si le défendeur veut éviter la rescision du partage et en prévenir un nouveau, il ne le peut qu'en relâchant d'une façon ou d'autre à son cohéritier ce que celui-ci aurait dans ce nouveau partage; et dans un nouveau, le demandeur aurait eu droit à 12,000 fr. de valeurs (1).

653. Il faut au surplus remarquer que, lorsqu'il y a plus de deux copartagés, et que l'un ou plusieurs d'entr'eux seulement peuvent établir une lésion de plus du quart, le défendeur à la demande en rescision, dans le cas aussi où les autres n'auraient pas leur part complète, n'est point obligé de la leur compléter. La lésion au dessous du quart qu'il prétendent éprouver, qu'ils éprouvent même en réalité, n'est d'aucune considération; elle est censée ne pas exister. Mais, si le partage est rescindé, tout est remis en commun, sauf les dons ou legs par préciput, et encore ces dons ou legs, dans aucuns cas, ne peuvent porter atteinte au droit des réserves.

654. Toutefois, lorsque le partage est attaquable parce que les dons faits à un des copartagés, par

(1) Dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Riom, cité plus haut, le don du disponible, ainsi que nous l'avons dit, avait été fait par préciput, et il n'y a pas de difficulté sur ce cas; mais la Cour ne paraît toutefois pas s'être déterminée par cette considération, car l'arrêt n'en fait pas mention. Quoi qu'il en soit, la distinction entre les deux cas doit être faite.

préciput ou sans préciput, n'importe, réunis aux avantages résultant pour lui du partage, excèdent ce dont l'ascendant pouvait disposer en sa faveur, cet excédant doit être relâché aux autres, quand bien même aucun d'eux ne serait lésé du quart par le partage; et ils se le distribuent comme succession *ab intestat.*

655. Si un père, en mariant ses enfans, a promis de les instituer par égales portions, ou de leur laisser à chacun leur part héréditaire entière, et qu'il ait fait ensuite un partage dans lequel l'un ou plusieurs d'entr'eux se trouvent avantagés, mais pas de manière cependant à ce qu'il y eût lieu d'appliquer les dipositions relatives à la rescision du partage fait par ascendant, la rescision peut-elle être demandée par les autres, sur le fondement qu'il n'est pas permis de faire indirectement ce que l'on ne peut faire directement ?

D'abord, l'on doit regarder cette promesse comme valable; c'est une renonciation, il est vrai, à la faculté de disposer désormais de la portion disponible, mais cette renonciation est autorisée en contrat de mariage : les art. 1082 et 1083 en sont la preuve irrécusable. D'où il suit que tous les dons qui auraient été faits, soit à un ou plusieurs des enfans, soit à des étrangers, autres toutefois que ceux qui l'auraient été à ces derniers pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement (même art. 1083 par argument), seraient sujets à

révocation, comme faits en contravention des promesses insérées dans les contrats de mariage.

Mais les avantages faits à l'un ou plusieurs des enfans par le partage, du père ne pourraient donner lieu à en demander la rescision, qu'autant que de ces avantages résulterait pour l'un ou plusieurs des enfans une lésion de plus du quart. Le père, par sa promesse d'instituer ses enfans par égales portions, ou de leur laisser des parts égales dans son hérédité, ne s'était point interdit le droit d'en faire le partage; seulement il s'était interdit de partager ses biens avec inégalité. Les demandeurs en rescision devraient donc être déclarés non recevables, tant qu'ils n'allégueraient pas et ne prouveraient pas une lésion de plus du quart à leur préjudice : il y aurait lieu seulement à des rectifications et indemnités, si la lésion était moindre; mais ces rectifications devraient être faites, s'il y avait une lésion de quelque importance, parce que le père ne pouvait plus partager qu'avec égalité parfaite (1). Dans le cas contraire, tout serait maintenu : *de minimis non curat Prœtor.*

656. Cette promesse d'instituer indistinctement les enfans héritiers par égales portions, ou de leur laisser des parts égales dans l'hérédité, sur laquelle nous reviendrons au surplus au chapitre suivant, n'est obligatoire pour le père qu'à l'égard des en-

(1) *Voy.* l'arrêt de la Cour de Riom, et ensuite celui de rejet du 24 juillet 1828. Sirey, 28-1-281.

fans dans les contrats de mariage desquels elle se trouve; ce n'est qu'en leur faveur que la loi autorise l'institution d'héritier, et une telle promesse est une véritable institution d'héritier, puisqu'elle doit avoir pour effet d'assurer au futur époux une portion de l'hérédité du père.

657. Si un père à qui il est dû une somme, par exemple, de 30,000 fr., et qui a trois enfans, déclare, par un acte entre-vifs ou par testament, n'importe, vouloir en faire la distribution entr'eux; qu'il partage en effet ces 30,000 fr. seulement, et que l'un d'eux ait moins de 7,500 fr., ce ne sera pas une raison pour ce dernier de demander la rescision de l'acte qualifié partage, car ce n'en est pas un; ce sont de véritables dispositions, nonobstant les expressions de l'acte : *sermoni res non est subjecta, sed rei est sermo subjectus.* Il n'a y pu avoir d'erreur dans la pensée du père, puisqu'il n'y avait point d'appréciation à faire, comme dans les cas ordinaires. Ces dispositions, au cas où les enfans accepteraient la succession, seraient donc soumises aux règles sur le rapport, si le père n'en avait régulièrement dispensé, soit l'un ou l'autre d'entr'eux, soit tous.

658. Puisque le père a le droit de faire le partage de ses biens entre ses enfans, il a par cela même celui de prévenir l'indivision par l'adoption de la voie parallèle au partage indiquée par la loi lorsqu'un partage proprement dit ne peut s'opérer;

car le juge, et les héritiers eux-mêmes probablement auraient suivi cette voie dans le même cas. En conséquence, si le père n'a, par exemple, qu'un immeuble qui ne puisse se diviser commodément et sans perte, comme un moulin, une usine, une boutique, il peut l'attribuer à l'un d'eux, en le chargeant d'une soulte envers ses frères et sœurs. Et non seulement il le peut dans un partage entre-vifs, dont l'acceptation par ces derniers les rendrait d'ailleurs non recevables à critiquer l'acte sous ce rapport, mais encore il le peut par testament.

659. Mais, d'un autre côté, l'ascendant remplissant dans ce partage l'office du magistrat, il doit, dans l'esprit de la loi, agir comme agirait le magistrat lui-même. D'après cela, il ne doit pas attribuer à l'un ou plusieurs de ses enfans seulement tous ses immeubles, quand il peut en assigner à chacun, et ne donner aux autres que du mobilier, en argent, en rentes ou autres objets, et encore moins charger sans nécessité les premiers de payer en argent la part des autres dans les biens fonds; il doit au contraire se conformer au vœu de l'article 832 (1) qui prescrit, il est vrai, d'une part, d'éviter autant que possible, dans la composition des lots, le morcellement des héritages, mais qui dit, d'autre part, qu'il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de

(1) Arrêt de cassation, du 16 août 1826, réformant une décision de la Cour de Grenoble. Sirey, 1827-1-86.

meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature, valeur et bonté. Dans le cas donc où le père aurait abusé de son droit, et par pur caprice, sans avoir été déterminé à agir comme il l'a fait par l'intérêt bien marqué de tel ou tel de ses enfans, ce qui s'estimerait au reste d'après les circonstances, son partage pourrait être attaqué pour abus, et même pour lésion, parce qu'elle peut se rencontrer de fait dans un tel partage, quoiqu'elle n'existât pas du tiers au quart dans les valeurs vénales des objets respectivement. Les enfans ont tous des droits dans les immeubles, et on les lèse quand on en prive totalement ou presque totalement la plupart d'entr'eux sans nécessité ou motifs raisonnables.

660. L'enfant qui attaque le partage fait par l'ascendant, soit pour cause de lésion de plus du quart, soit comme prétendant que l'un des copartagés a obtenu, par la réunion des dons à lui faits et des avantages résultant du partage, au delà de ce que la loi permettait à l'ascendant de disposer à son profit, doit faire l'avance des frais de l'estimation; et il les supporte en définitif, ainsi que les dépens de la contestation, si la réclamation n'est pas fondée (art. 1080 et 1079 combinés).

En sorte que le tribunal ne pourrait, sans violer le premier de ces articles, et sans exposer par conséquent son jugement à la cassation, appliquer la disposition de l'art. 131 du Code de procédure, qui autorise les juges à compenser les dépens entre con-

joints, ascendans, descendans, frères et sœurs, ou alliés au même degré; mais il le pourrait si le partage était rescindé.

CHAPITRE VIII.

Des donations faites par contrat de mariage aux époux et aux enfans à naître du mariage.

SOMMAIRE.

661. *La faveur du mariage a fait établir plusieurs dérogations aux principes qui régissent les donations.*

662. *Des diverses sortes de donations qui peuvent être faites en faveur du mariage aux époux ou à l'un d'eux, et division de ce chapitre.*

661. La faveur du mariage a fait admettre plusieurs dispositions qui son interdites dans les autres cas, comme contraires aux principes qui régissent les donations, soit sous le rapports de la stabilité de leurs effets, soit sous d'autres rapports encore, qui se feront connaître successivement par le développement de la matière.

Ces dispositions sont faites aux époux ou à l'un d'eux par les père, mère, parens ou même étrangers, ou par les époux l'un à l'autre. Celles-ci sont traitées dans le chapitre suivant.

662. Il y en a de quatre sortes, différant plus ou moins entr'elles dans leurs effets :

1° Les donations entre-vifs de biens présens,

lesquelles sont soumises aux règles générales des donations faites à ce titre ;

2° Les donations de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, et qu'on appelle pour cela *institutions contractuelles ;*

3° Les donations faites cumulativement des biens présens et à venir, en tout ou partie ;

Et 4° les donations qui tiennent plus spécialement de la nature des dispositions à cause de mort, que de la nature des véritables donations, par les clauses et réserves qui les accompagnent.

Nous traiterons de chacune de ces espèces de donations en particulier, pour en faire ressortir plus clairement les caractères et les effets.

Et dans une cinquième section, nous exposerons succinctement les dispositions communes à ces diverses donations, ou à la plupart d'entre elles.

SECTION PREMIÈRE.

Des donations entre-vifs de biens présens faites, en faveur du mariage aux époux ou à l'un d'eux par les père, mère, parens ou étrangers.

SOMMAIRE.

663. *Texte de l'art.* 1081.
664. *Sens de la dernière disposition de cet article.*
665. *On ne peut, ni d'après le Code civil, ni d'après la loi du* 17 *mai* 1826, *donner directement aux enfans à naître du mariage en passant sous silence les futurs époux.*

663. Suivant l'art. 1081, « toute donation entre-« vifs de biens présens, quoique faite par contrat « de mariage aux époux, ou à l'un d'eux, sera sou-« mise aux règles générales prescrites pour les do-« nations faites à ce titre.

« Elle ne pourra avoir lieu au profit des enfans à « naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chap. VI « du présent titre. »

664. Cette dernière disposition, avant la loi du 17 mai 1826, s'entendait en ce sens qu'il n'y avait que les père ou mère, et les frères ou sœurs (et lorsque ceux-ci mouraient sans enfans), qui pussent faire la donation aussi au profit des enfans à naître, c'est-à-dire avec la charge de conserver les biens et de les rendre à ces enfans (art. 1048 et 1049); et la charge, pour être valablement imposée, eût dû être établie non-seulement en faveur des enfans à naître du mariage, mais encore en faveur de ceux nés

d'un mariage antérieur ou postérieur, et au premier degré seulement (art. 1050).

Mais, ainsi qu'on l'a vu au chapitre précédent, la loi de 1826 a dérogé à l'art. 1081, en ce sens que cette donation entre-vifs de biens présens, faite en faveur du mariage, peut avoir lieu avec charge de restitution par qui que ce soit qu'elle soit faite; et la charge de restitution peut être mise au profit d'un ou de plusieurs enfans seulement du donataire, comme au profit de tous, nés du mariage en faveur duquel la donation a lieu, ou nés d'un autre mariage, et même à deux degrés.

Ainsi, par ces mots de l'art. 1081, *au profit des enfans à naître, si ce n'est dans les cas énoncés au chap.* VI *du présent titre*, les rédacteurs du Code n'ont point entendu dire par là que les enfans pourraient profiter de la donation au même titre que dans le cas de l'art. 1082, c'est-à-dire si leur père donataire mourait avant le donateur, et par l'effet d'une sorte de substitution vulgaire; ils ont seulement voulu dire que ces enfans pourraient en profiter par l'effet d'une substitution fidéicommissaire. Car le donataire de biens présens devient propriétaire des biens par le fait même de la donation acceptée; et sans la charge de conserver et de rendre, ses enfans n'en pourraient profiter qu'en qualité d'héritiers, ce dont il n'est pas question ici. Au lieu que dans le cas de l'institution contractuelle, la mort du donataire arrivée avant celle du donateur fait qu'il n'a jamais eu de droit, et les

biens compris dans l'institution appartiennent aux enfans du mariage, censés substitués vulgairement à leur père donataire, mais ils n'appartiennent qu'à eux, et non aussi aux enfans nés d'un autre lit.

665. Et ni d'après le Code civil, ni d'après la loi de 1826, cette donation, quoique faite par contrat de mariage, ne peut avoir lieu directement et uniquement au profit des enfans à naître du mariage, en passant sous silence les futurs époux eux-mêmes; car on ne peut donner entre-vifs avec effet, même par substitution vulgaire, à celui qui n'est pas encore conçu au temps où s'opère la donation (article 906 et 898 combinés); et l'on ne peut concevoir une substitution fidéicommissaire sans un premier gratifié, chargé de remettre à d'autres. Mais nous reviendrons sur ce point.

666. La donation dont il s'agit peut avoir lieu ou par un autre acte que le contrat de mariage, antérieur ou postérieur, mais antérieur à la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil, ou par le contrat de mariage lui-même : l'art. 1081 le présuppose clairement en disant, *quoique faite par contrat de mariage*, etc., ce qui laisse évidemment entendre qu'elle peut être faite par un autre acte. Tandis que les trois autres espèces de donations traitées dans ce chapitre, aux art. 1082, 1084 et 1086, ne peuvent, en général, avoir lieu avec les effets qui y sont attachés, que par le contrat de mariage lui-même.

667. Quand la donation entre-vifs de biens présens faite aux époux ou à l'un d'eux sera portée dans le contrat de mariage, elle sera par cela même présumée faite en faveur du mariage, et par conséquent elle ne pourra être attaquée ni déclarée nulle sous prétexte du défaut d'acceptation (article 1087), ni être révoquée pour cause d'ingratitude (art. 959), et enfin elle sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088), quelle qu'en soit la cause.

Au lieu que lorsqu'elle sera faite par un acte séparé, qui ne s'identifierait point avec le contrat de mariage, ces deux derniers effets seront bien les mêmes, si d'ailleurs l'acte porte qu'elle est faite en faveur du mariage projeté ; mais si elle n'a pas été acceptée expressément, soit par le contrat, soit postérieurement, et avant toute révocation, elle peut être révoquée, en vertu de l'art. 932 : elle ne serait point protégée par l'art. 1087, qui ne défend d'attaquer et de déclarer nulles sous prétexte de défaut d'acceptation, que les donations faites par contrat de mariage. Il y a encore quelques autres différences que nous signalerons successivement.

Mais ce qui est plus important encore, c'est que, bien qu'il fût fait mention, dans une donation hors contrat de mariage, du futur mariage du donataire, cela ne suffirait point pour faire considérer la donation comme faite en faveur de mariage ; car, si un oncle, par exemple, faisait donation à son neveu, en déclarant simplement dans l'acte que *c'est*

pour lui faciliter les moyens de faire un mariage avantageux, cette déclaration serait seulement l'expression du motif ou de la cause de la libéralité, qui n'était nullement nécessaire, il est vrai, pour sa validité, et elle serait insuffisante pour la faire réputer nécessairement donation en faveur de mariage. Et lors même que le donataire rechercherait alors telle personne, et que le donateur en aurait connaissance, cela ne suffirait point encore, il faudrait quelque chose de plus, comme si le contrat de mariage avait été passé et que le donateur le sût, ou bien s'il résultait de l'ensemble des dispositions de l'acte de donation la démonstration évidente que c'est en vue de ce mariage projeté que cette donation a été faite, sinon la donation n'en conserverait pas moins son effet, quoique le mariage n'eût pas lieu, et que le donataire restât dans le célibat.

668. Puisque cette donation est soumise aux règles générales prescrites pour les donations faites à ce titre, il s'ensuit :

1° Qu'elle rend sur le champ le donataire propriétaire, et elle n'est point assujétie à la caducité prononcée par l'art. 1089, pour le cas du prédécès du donataire et de sa postérité.

2° Elle ne peut avoir pour objet que les biens présens, et si elle comprenait aussi des biens à venir, par exemple un quart des biens que le donateur laissera à son décès, elle serait nulle quant à ces biens (art. 943 et 1081), à moins qu'elle ne fût faite par le contrat de mariage lui-même, ou par un acte

qui s'identifierait avec ce contrat par l'observation des formalités prescrites par les art. 1396 et 1397 (par argument). (Art. 943, 947, 1082 et 1086 analysés et combinés.)

3° Mais faite ou non par le contrat de mariage elle peut être non seulement de corps certains, comme tel fonds, telle maison; ou de quantités ou de sommes, comme cent hectolitres de froment, ou mille francs; ou d'une rente ou pension, soit viagère, soit en perpétuel; mais encore d'une quotité des biens présens du donateur, par exemple, de la moitié : et il s'établit alors une communauté entre celui-ci et le donataire en raison de cette quotité. De sorte que si le donateur ne s'est pas réservé l'usufruit ou la jouissance pendant sa vie ou pour un temps déterminé, le donataire peut demander, aussitôt le mariage contracté, la délivrance des objets compris dans la donation (1).

Toutefois, comme il n'y a de biens que dettes déduites, le donataire est tenu d'une portion de celles du donateur alors existantes, dans la proportion de la quotité donnée (2). Au lieu que le donataire d'objets spéciaux n'est point tenu des dettes, sauf l'exercice de l'hypothèque; auquel cas il a son recours tel que de droit (3).

4° Le donateur peut se réserver l'usufruit des objets donnés, ou ne donner que l'usufruit, ou se

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 471.

(2) *Vide ibid.*, n° 472 et suivant.

(3) *Voy.* au même volume, n° 527.

réserver la faculté d'en disposer au profit d'un autre (Art. 949.) (1).

5° Il peut aussi stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendans (art. 951), ou seulement du donataire et des descendans du mariage; et l'effet de ce retour est réglé par l'article 952 (2).

6° La donation est révoquée pour survenance d'enfans, comme toutes sortes de donations, dans les cas prévus à l'art. 960.

7° Quand la donation comprend des effets mobiliers, il doit en être fait un état estimatif joint à la minute de l'acte contenant donation; sinon, l'acte n'est point obligatoire pour le donateur, ou ses héritiers à l'égard des effets non estimés (art. 948) (3); sauf le cas toutefois où la donation serait faite par forme de quotité (4).

8° La transcription pour les immeubles donnés est requise comme pour les autres donations de biens présens; et tout ce qui a été dit au tome précédent (5) relativement au défaut de transcription et aux personnes qui peuvent l'opposer, ainsi qu'à celles qui ne peuvent s'en prévaloir, est applicable aussi aux donations dont il s'agit.

---

(1) *Voy.* pour l'effet de ces clauses *ibid.* n°s 461 à 468 inclusivement.

(2) *Vide* tome précédent, n° 486 à 497.

(3) *Voy. ibid.*, n° 411.

(4) *Vide* même volume, n° 412, mais aussi le n° 410.

(5) N° 501 à 525.

9. Si le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation non faite par le contrat de mariage, ou par un acte postérieur s'identifiant avec ce contrat par l'observation des formalités tracées dans les art. 1396 et 1397 (par argument), l'objet appartient à ses héritiers, lors même qu'il serait mort sans en avoir disposé, et ce, nonobstant toutes clauses à ce contraires : les art. 1081 et 946 rapprochés le veulent ainsi ; car l'art. 947 lui-même, en faisant exception à l'art. 946 pour les donations dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre, se combine avec l'art. 1086 qui traite, dans sa seconde disposition, de la donation faite avec cette réserve; et ce dernier ne statue que sur la donation faite *par contrat de mariage.*

10° Il faut dire la même chose, et avec la même distinction entre le cas où la donation est faite par le contrat de mariage et celui où elle a lieu par acte séparé, en ce qui concerne la condition imposée au donataire de payer d'autres dettes et charges que celles existantes au jour de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte de donation, soit dans un état y annexé : dans le dernier cas, elle serait nulle, d'après la combinaison des art. 1081 et 945, sans que les art. 1047 et 1086 rapprochés pussent la protéger, toujours par le motif que ce dernier article, auquel se réfère le premier, ne s'applique qu'aux donations par contrat de mariage.

11° Enfin, il faut encore faire la même distinc-

tion pour le cas où la donation serait faite sous des conditions dont l'exécution dépendrait de la seule volonté du donateur : elle serait nulle, quoique déclarée faite en faveur du mariage, si elle n'était portée dans le contrat de mariage ou dans un acte postérieur s'identifiant avec lui (art. 944, 1081, 947 et 1086 analysés et combinés).

669. Mais ce n'est qu'aux règles générales des donations faites à ce titre, et non pas à toutes les règles quelconques des donations, qu'est soumise celle entre-vifs de biens présens faite aux époux ou à l'un d'eux.

Ainsi 1°, comme nous l'avons dit, elle n'est point révocable pour cause d'ingratitude, soit qu'elle ait été faite par un acte distinct du contrat de mariage (pourvu qu'elle l'ait été en faveur du mariage), soit qu'elle ait été insérée dans le contrat de mariage lui-même ; car l'art. 959 ne distingue pas.

2° De même, toute donation faite en faveur de mariage, portée ou non dans le contrat de mariage, est caduque si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088), attendu qu'elle est toujours légalement présumée faite sous la condition du mariage ; tandis qu'une donation ordinaire entre-vifs de biens présens ne devient pas caduque par la mort du donataire avant de se marier. Et si le mariage était annulé et que les deux époux fussent de mauvaise foi, ou même simplement l'époux donataire, la donation pourrait être révoquée, sans préjudice des droits que

des tiers de bonne foi pourraient avoir acquis sur les biens donnés. Mais si l'époux donataire était de bonne foi, la donation conserverait ses effets à son égard (art. 202).

Du reste, la mort du donateur avant le mariage n'annule point la donation.

3° Celles portées dans le contrat de mariage ne peuvent être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte du défaut d'acceptation (art. 1087); à la différence, en général, ainsi que nous l'avons dit, de celles qui sont faites hors contrat de mariage, quoiqu'en faveur du mariage.

4° Enfin si, lorsque la libéralité est faite par le contrat de mariage, le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation de ses biens présens, ou d'une somme à prendre sur ces mêmes biens, et qu'il meure sans en avoir disposé, l'effet ou la somme sont censés compris dans la donation, et appartiennent aux héritiers du donataire, en vertu des art. 947 et 1086, et par exception à l'art. 946. Il a pu faire aussi la donation sous des conditions dépendantes de sa volonté, ou sous la condition d'acquitter d'autres dettes que celles existantes au jour du contrat, ainsi que l'a jugé la Cour suprême par arrêt de cassation, du 27 septembre 1815, que nous avons rapporté au tome précédent, n° 485 : attendu, a dit la Cour, et avec raison, que l'art. 947, en faisant exception aux prohibitions portées dans les quatre articles précédens, en faveur des donations

dont est mention aux chapitres VIII et IX du présent titre, comprend expressément les art. 944 et 945, qui prohibent ces clauses dans les donations non faites par contrat de mariage, et comprend par conséquent la donation mentionnée dans l'art. 1081 lui-même, quoique cet article la déclare soumise aux règles générales des donations entre-vifs des biens présens. Cela est incontestable ; mais, comme nous l'avons fait observer, il faut pour que cette décision soit applicable, non pas seulement que la donation soit faite en faveur du mariage, il faut aussi qu'elle soit faite par le contrat de mariage ou par un acte qui s'identifie avec lui; car l'art. 947 se rapporte à cet égard à l'art. 1086 qui statue uniquement sur des donations faites par contrat de mariage, et qui établissant des dérogations aux principes de la matière, doit être restreint dans son application aux seules donations dont il s'occupe.

Nous en développerons au surplus le sens et les effets plus bas avec plus d'étendue.

SECTION II.

De la donation de biens à venir, ou institution contractuelle.

SOMMAIRE.

670. *Motifs qui ont fait admettre les donations de biens à venir par actes entre-vifs, et en faveur aussi d'individus non encore nés ni conçus. C'était un droit coutumier.*

671. *La donation de biens à venir s'appelle* institution contrac-

tuelle, *parce qu'elle est le don de l'hérédité en tout ou partie, et par contrat.*

672. *Elle a de l'analogie avec la donation à cause de mort, rejetée de notre législation par l'ordonnance de* 1731 *et par le Code; mais elle en diffère en plusieurs points.*

673. *Elle ne peut être faite, en général, que par contrat de mariage, passé en la forme authentique.*

674. *Texte de l'art.* 1082.

675. *Cette donation peut être faite par plusieurs, et au profit des deux époux.*

676. *Elle ne consiste point en objets spéciaux et déterminés, ni en sommes; alors ce serait une donation entre-vifs de biens présens; elle est universelle ou à titre universel.*

677. *Elle est présumée faite aussi en faveur des enfans et descendans à naître du mariage, au cas du prédécès de l'époux donataire par rapport au donateur, mais celui-ci peut écarter l'effet de cette présomption par une stipulation contraire.*

678. *La donation ne pourrait être faite seulement au profit des enfans et descendans à naître du mariage, à l'exclusion des époux.*

679. *Lorsque les enfans viennent à la disposition par suite du prédécès de leur père donataire, ils n'ont pas besoin, pour recueillir les biens donnés, d'être ses héritiers, même bénéficiaires.*

680. *Lorsque le donataire a recueilli, les enfans ne peuvent avoir les biens donnés qu'en acceptant sa succession.*

681. *A moins que la donation n'ait été faite avec charge de restitution à leur profit. Droit du Code à cet égard, et loi du* 17 *mai* 1826.

682. *Effet de cette charge de restitution.*

683. *L'institution contractuelle faite par ascendant n'enlève pas aux enfans du donataire prédécédé, nés d'un autre mariage, leur part dans la portion de biens qui aurait été due à celui-ci à titre de réserve.*

684. *En cas de prédécès du donataire, les enfans d'enfans morts avant le donateur, concourent avec leurs oncles ou tantes, et ils ont dans l'institution la part qu'auraient eue leur père ou mère.*

685. *Le prédécès du donataire et de tous les enfans du mariage ne rend pas caduque l'institution s'ils ont laissé des descendans, comme il rendrait caduque une substitution fidéicommissaire.*

686. *Les enfans d'enfans prédécédés viennent à l'institution par représentation, et le partage se fait par souches, et non par têtes. Droit ancien positif à cet égard, même dans les pays où la représentation n'était pas admise.*

687. *Les enfans morts avant le donateur, sans laisser de descendans, sont censés n'avoir pas existé quant à l'institution.*

688. *L'institué ne peut disposer des biens, pendant la vie du donateur, au préjudice des enfans, au cas où il ne recueillerait pas le droit.*

689. *Même lorsqu'il aurait agi du consentement du donateur.*

690 *Le donateur ne le peut pas davantage après la mort de l'institué, ni choisir un des enfans du mariage pour recueillir les biens.*

691. *Anciennement, la réserve faite par le donateur que, au cas du prédécès du donataire, il pourrait distribuer les biens comme il l'entendrait entre les enfans du mariage, était très-valable et fort usitée; le Code ne la défend pas.*

692. *Mais il interdit (et la loi du* 17 *mai* 1826 *n'a rien changé à ses dispositions à cet égard) la clause qu'en cas du prédécès du donataire, les biens appartiendront à tel ou tel enfant du mariage.*

693. *L'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit des époux ou de l'un d'eux, et, en cas de leur prédécès, au profit des enfans et descendans à naître du mariage.*

694. *Il en était de même dans les anciens principes, mais on les éludait par la clause dite* d'association, *par laquelle l'institué était chargé de faire participer d'autres personnes, par exemple, ses frères et sœurs, au bénéfice de*

l'institution; cette clause est repoussée par le Code, moins comme substitution prohibée, que comme donation de biens à venir faite au profit de personnes incapables de les recevoir par acte entre-vifs; arrêt en ce sens. Controversé toutefois.

695. *Le bénéfice de la nullité quant à la portion des associés, tourne au profit des héritiers du donateur, et non au profit de l'institué; même arrêt. Controversé aussi.*

696. *Les clauses d'association portées dans des contrats anciens et dans les pays où elles étaient admises par l'usage, doivent encore recevoir leur exécution sous le Code.*

697. *Les clauses d'association insérées dans des donations même universelles de biens présens, ont effet sous le Code comme anciennement; arrêt conforme.*

698. *La clause par laquelle un père en mariant l'un de ses enfans promet de leur laisser à tous sa succession par portions égales, n'a effet qu'à l'égard de l'enfant dans le contrat de mariage duquel elle se trouve; Conséquences.*

699. Quid *si les frères et sœurs de l'enfant marié viennent à mourir avant le donateur qui avait promis de lui laisser* une part égale à celle de ses frères et sœurs? *celui-ci sera-t-il censé avoir fait une institution universelle, et s'être interdit par là tout droit de disposer? Espèce jugée par la Cour de cassation, qui a décidé par la négative.*

700. *L'institution contractuelle s'ouvre par la mort naturelle ou civile de l'instituant; elle n'est point caduque par la mort civile de celui-ci.*

701. *Mais elle est caduque si l'institué est mort civilement au temps du décès du donateur, dans le cas où il n'y a pas de descendans du mariage.*

702. *Dans le cas d'indignité ou de renonciation de l'institué, les enfans et descendans du mariage recueillent aussi le bénéfice de l'institution.*

703. *Effets généraux de l'institution sous le rapport de l'irrévocabilité; texte de l'art.* 1083.

704. *Le donateur peut faire des dons modiques.*

705. *Mais il ne peut disposer à titre universel au préjudice de l'institution.*

706. *Les donataires même à titre particulier des immeubles compris dans l'institution ne peuvent alléguer le défaut de transcription.*

707. *Les héritiers ne peuvent non plus opposer le défaut d'état estimatif des effets mobiliers compris dans la disposition.*

708. *Le donateur peut disposer comme bon lui semble à titre onéreux, et de bonne foi.*

709. *La vente simulée faite au préjudice de l'institution peut être attaquée par le donataire.*

710. *Il en est de même des fausses reconnaissances de dettes.*

711. *En principe, les ventes ou cessions faites par le donateur moyennant une rente viagère, sont valables; arrêt conforme.*

712. *La renonciation faite par le donateur au droit d'aliéner les immeubles, postérieurement au contrat de mariage, est nulle et de nul effet; même arrêt.*

713. *Elle serait nulle aussi quoiqu'elle eût été portée dans le contrat de mariage.*

714. *Les ventes faites moyennant une rente viagère, et évidemment frauduleuses de la part aussi de l'acquéreur, peuvent être annulées.*

715. *La donation faite dans les bornes d'une réserve portée dans l'institution, est inattaquable par l'institué, quoique des ventes faites depuis, ou même auparavant, l'eussent rendue stérile.*

716. *Les créanciers de l'institué, postérieurs à la disposition d'une somme plus forte que celle dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer, et à laquelle le donataire a donné son consentement, ne peuvent attaquer cette disposition comme faite au préjudice de leurs droits.*

717. *C'est la loi en vigueur au jour de l'institution qui en règle la validité : en conséquence celles faites sous la loi du*

17 nivôse an 11 sont nulles, quoique le donateur fût mort sous le Code civil.

718. *L'institué est tenu des dettes et charges de la succession personnellement pour sa part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf son recours tel que de droit; renvoi à d'autres parties de l'ouvrage.*

719. *Dans quel cas l'institué est saisi de plein droit par la mort du défunt.*

720. *Ses droits quant aux fruits; renvoi.*

721. *Effet de la saisine quant à la nécessité pour l'institué de prendre le bénéfice d'inventaire, afin de n'être pas tenu des dettes* ultrà vires.

722. *L'institution contractuelle devient caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité issue du mariage.*

723. *La femme mariée a besoin d'être dûment autorisée pour faire une institution contractuelle; controversé.*

724. *Mais dûment autorisée elle peut en faire une qui comprendrait ses biens dotaux quoique non déclarés aliénables par son contrat de mariage.*

725. *Le délai pour attaquer une institution contractuelle faite par une personne incapable, est celui fixé par l'art.* 1304.

670. La donation de biens à venir, ou de tout ou partie des biens que le donateur laissera à son décès, était d'un fréquent usage dans les anciennes provinces de la Marche, de l'Auvergne et du Bourbonnais (1), parce qu'elle favorise singulièrement

---

(1) Aussi les auteurs qui se sont occupés de cette matière en ont-ils été généralement puiser les règles dans ces coutumes et dans les ouvrages de leurs commentateurs.

Chabrol, dans son Commentaire sur la coutume d'Auvergne, et Auroux-des-Pommiers, dans le sien sur la coutume du Bourbonnais, ont fort bien expliqué les principes de cette matière.

les mariages, en assurant la succession du donateur au futur époux donataire, sans dépouiller le premier. D'où l'on sent que généralement les tiers, et les pères et mères eux-mêmes, doivent être plus facilement portés à faire une libéralité de cette nature, qui ne leur enlève pas la propriété de leurs biens, qui les prive seulement de la faculté de les donner ensuite à d'autres, qu'une donation dont l'effet serait de les dépouiller sur-le-champ.

671. On appelle cette donation *institution contractuelle*, parce que par elle on institue un héritier, et qu'on le fait par un contrat, d'une manière irrévocable, ce qui n'a lieu que dans ce seul cas. C'est le don de tout ou partie de l'hérédité (1), comme le serait le don de biens présens, en ce que le donateur ne peut détruire l'institution, quoiqu'en dissipant ses biens il puisse en rendre les effets moins importans qu'ils auraient pu l'être s'il eût mieux administré son patrimoine.

Boucheul a fait un traité *des conventions de succéder* généralement estimé, et de Laurières a aussi expliqué la même matière, mais avec moins de succès que les précédens, quoiqu'il ait fait sur ce sujet un traité *ex professo*, dans lequel on trouve quelquefois plus d'érudition que de discernement parfait.

(1) C'est parce que c'est le don de l'hérédité, que la Cour suprême a jugé, en réformant un arrêt de la Cour de Pau, qu'une institution ancienne faite par acte privé, par un père qui n'avait pas le donataire sous sa puissance, était nulle, quoique faite dans un pays où les conventions matrimoniales pouvaient être constatées de cette manière. Peu importait qu'elle fût aussi au profit des enfans à naître, et dispensée, par sa nature, d'acceptation expresse. Arrêt du 20 mai 1818. Sirey, 18-1-336.

672. Cette disposition a toutefois quelqu'analogie avec les anciennes donations à cause de mort du droit romain et de notre jurisprudence française antérieure à l'ordonnance de 1731. Elle a de commun avec ces donations que, à raison de la faculté qu'a l'instituant de disposer à titre onéreux des biens compris dans l'institution, l'effet n'en est réellement déterminé, comme celui de la donation à cause de mort, qu'au décès du donateur; et le prédécès du donataire et de sa postérité issue du mariage rend l'institution caduque, comme le prédécès du donataire rendait caduque la donation à cause de mort. Cette dernière se formait aussi par convention, comme l'institution contractuelle.

Mais il y a néanmoins des différences notables entre ces deux dispositions. L'institution contractuelle est irrévocable, sauf le cas de survenance d'enfans, et d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite; tandis que la donation à cause de mort était essentiellement révocable à la volonté du donateur, comme le testament. Le prédécès du donataire seul rendait caduque cette dernière, au lieu que la première ne devient caduque que par le prédécès du donataire et de sa postérité issue du mariage (1). La donation à cause de mort était généralement faite par d'autres actes que les contrats

(1) Nous expliquerons plus loin pourquoi nous disons *sa postérité issue du mariage*, au lieu de dire simplement *par le prédécès du donataire et de sa postérité*, ainsi que s'exprime l'article 1089.

de mariage, et elle pouvait avoir lieu en faveur de tout autre qu'un futur époux, tandis que l'institution contractuelle ne peut avoir lieu que dans ces contrats et en faveur des époux ou de l'un d'eux, et, en cas de leur prédécès, en faveur aussi des enfans et descendans à naître du mariage; et il ne suffirait pas qu'elle fût formellement faite en faveur du mariage par un acte distinct de celui qui contient les conventions matrimoniales, il faudrait qu'elle fût portée dans le contrat de mariage lui-même, ou dans un acte postérieur qui s'y référerait par l'observation des formalités prescrites aux art. 1396 et 1397; tandis que la donation à cause de mort pouvait être faite au profit de tout autre qu'un futur époux. On signalerait encore quelques autres légères différences, mais il suffit d'indiquer celles-là.

673. Le contrat de mariage doit être passé devant notaires, avec minute, dans la forme ordinaire des actes authentiques, et avant la célébration du mariage (art. 1394). Plus tard, aucune donation de biens à venir ne pourrait avoir lieu au profit des époux, même par les père et mère.

674. Les donations de biens à venir sont consacrées par l'art. 1082, ainsi conçu :

« Les pères et mères, les autres ascendans, les « parens collatéraux des époux, et même les étran- « gers, pourront, par contrat de mariage, disposer « de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au « jour de leur décès, tout au profit desdits époux,

qu'au profit des enfans à naître du mariage, dans « le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. »

« Pareille donation, quoique faite au profit seu-
« lement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours,
« dans ledit cas de survie du donateur, présumée
« faite au profit des enfans à naître du mariage. »

675. Cette donation peut être faite par plusieurs conjointement, par exemple par les père et mère, comme elle peut l'être au profit des deux époux; au lieu qu'un testament ne peut être fait par plusieurs dans le même acte, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle (art. 968). C'est parce que l'institution contractuelle est irrévocable, à la différence du testament.

676. Par *partie des biens* que le donateur laissera au jour de son décès, l'on entend, non pas des objets spéciaux et déterminés, comme tel fonds, telle maison, ni des sommes payables de suite ou à une époque fixée, car alors ce serait une donation entre-vifs de biens présens (1), régie par l'ar-

---

(1) La Cour de Metz a toutefois jugé que la clause suivante renfermait une institution contractuelle, en conséquence que le donateur avait pu disposer de ses biens à titre onéreux, sans que le donataire pût critiquer les actes :

« Les père et mère voulant témoigner la satisfaction que leur cause le
« futur mariage, s'obligent de donner à leur fils et lui constituent en
« dot une somme de 60,000 fr., qui lui sera délivrée incontinent après
« le mariage, si mieux ils n'aiment en payer l'intérêt jusqu'au rembour-
« sement qu'ils feront à leur volonté; *lui assurent en outre et lui donnent*
« *dès à présent, en la meilleure forme que donation puisse être,* 150,000 *fr.*
« *à prendre dans leurs successions et avant partage.* »

ticle 1081 en ce qui concernerait ces objets ou ces sommes ; et la disposition qui porterait que la donation consistera en *tels objets, que le donateur laissera à son décès*, serait pareillement une donation entre-vifs avec réserve tacite d'usufruit : la propriété des objets ne passerait pas moins de suite au donataire, sans que la donation fût assujétie à la caducité prononcée par l'art. 1089. On entend donc par ce mot *partie*, une partie constituant un titre universel : comme serait la moitié, le tiers des biens que laissera le donateur au jour de son décès, ou les immeubles, ou les biens meubles qu'il laissera à sa mort, ou une quote part des uns ou des autres. Comme le legs fait dans ces termes, serait un legs à titre universel (art. 1010), par analogie parfaite, la donation est une institution d'héritier lorsqu'elle est faite dans les mêmes termes.

677. La présomption qui appelle les enfans et

Et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en disant que la Cour royale *avait pu interpréter* la seconde partie de la clause par la première, et y voir que les père et mère n'avaient pas entendu s'interdire, quant aux 150,000 fr., la faculté de disposer de leurs biens à titre onéreux, mais seulement que ladite somme fût prise sur leurs successions, c'est-à-dire, sur les biens qui s'y trouveraient lors de leur ouverture ; d'où il suit que, sous ce rapport, la donation ne devait produire d'autres effets que ceux d'une institution contractuelle..... etc. Arrêt de rejet du 1er mars 1821. Sirey, 21-1-234.

Mais *voy.* ce qui a été dit sur une question analogue, au tome précédent, n° 458, en observant que nous y discutons la question à l'égard d'une donation entre-vifs faite hors contrat de mariage. Au surplus, l'arrêt ci-dessus n'est point un arrêt de principe, mais bien d'interprétation de volonté.

descendans à naître du mariage pour le cas du prédécès du donataire, peut être écartée, ainsi que nous avons déjà eu occasion de le dire (1), par une déclaration du donateur. Celui qui, en donnant même ses biens présens, dont il se dépouille par le fait seul de la donation dûment acceptée, aurait pu stipuler le retour des objets donnés, au cas du prédécès du donataire, et empêcher de la sorte, ce cas échéant, les enfans de ce dernier d'en profiter, a bien pu, à plus forte raison, stipuler que, dans le même cas, ses biens à venir ne sortiraient pas de sa famille pour passer aux enfans du donataire. Il a pu préférer celui-ci à ses héritiers, mais aussi il a pu préférer ses héritiers aux descendans de ce donataire.

678. La donation ne pourrait même pas être faite uniquement au profit des enfans à naître du mariage, et non d'abord au profit de l'époux. Ces mots de la première partie de l'art. 1082 : *tant au profit des époux, qu'au profit des enfans à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire*, n'expriment pas deux cas purement alternatifs et indépendans l'un de l'autre (2); il n'y en a qu'un d'indépendant, le premier, celui relatif aux époux. Quand à celui relatif aux

(1) *Suprà*, n° 540.

(2) L'art. 17 de l'ordonnance de 1731, permettait toutefois de donner les biens présens et à venir aux futurs époux, ou aux descendans à naître du mariage; mais le Code n'a point admis cette alternative.

enfans, il est au contraire subordonné au premier. Il n'en faut point en effet séparer l'hypothèse que fait de suite la loi en ces termes : *dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire.* Ainsi, c'est dans cette supposition que la donation peut être faite au profit des enfans à naître du mariage, c'est en cas du prédécès du donataire. Or, ce cas n'a pu être l'objet de la prévoyance du législateur, que parce qu'il ne permettait pas de faire la donation au profit des enfans, si leur père vivait encore au moment où elle viendrait à s'ouvrir, c'est-à-dire à la mort du donateur; par conséquent, c'est dire clairement que le futur époux nepeut pas lui-même être exclu de la disposition. La seconde partie de l'article confirmerait au besoin cette interprétation, puisqu'elle porte positivement que c'est *dans ledit cas de survie du donateur*, que la donation, quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera présumée faite au profit des enfans à naître du mariage. Or, il est clair que cette présomption n'a été ainsi établie, que dans la supposition du cas qui lui sert de base, savoir, une donation faite d'abord à l'époux, et lorsque cet époux vient à mourir avant le donateur.

Voilà pour l'interprétation du texte. Maintenant les considérations tirées des principes n'en permettent pas une autre. C'est en faveur du mariage uniquement qu'il est ainsi permis de disposer de ses biens à venir par contrat d'une manière irrévocable, et de le faire aussi au profit d'individus

qui ne sont point encore conçus. Or, si l'époux lui-même peut être exclu du bénéfice de la disposition, le but de la loi est manqué en très grande partie; la dérogation aux principes n'a plus de motifs suffisans : la personne que la loi a eu principalement en vue étant étrangère à cette disposition, elle ne peut guère plus la déterminer à contracter le mariage; elle n'y est plus invitée par elle, ou du moins elle ne l'est que si faiblement, qu'une influence si légère ne méritrait pas qu'on s'éloignât des règles du droit commun, en autorisant une semblable disposition. Que des enfans qui ne sont point encore conçus au moment de la donation soient appelés éventuellement à en recueillir le bénéfice, au cas où leur père viendrait à mourir avant le donateur, on le conçoit; ils prennent sa place, parce qu'alors ils existent, et qu'ils existent au moment de l'ouverture du droit, c'est-à-dire à la mort du donateur, autrement il ne serait pas question d'eux; mais on ne le conçoit plus s'il est permis d'exclure leur père, car ne pouvant pas prendre une place qu'il n'a jamais occupée, puisqu'il n'a point été compris dans la donation, il pourrait arriver de la sorte qu'ils ne fussent ni nés ni conçus au moment de l'ouverture du droit qu'ils seraient cependant appeles à recueillir. Or, tous les principes répugnent à un pareil système. Supposez en effet qu'au moment de la mort du donateur le donataire vive encore, et que c'est depuis cette époque seulement qu'il a eu des enfans : dans ce cas, nous ne voyons

personne à la mort du donateur pour recueillir les biens. Ce n'est pas en effet le donataire, il a été exclu de la donation; ce ne sont pas non plus ses enfans, puisqu'ils n'existent pas; ce ne sont pas enfin les héritiers du donateur, puisqu'il les a pareillement exclus de son hérédité, à moins que l'on ne prétendît qu'il leur a laissé ces mêmes biens jusqu'à ce qu'il naquit des enfans du mariage, à la charge de les conserver et de les rendre auxdits enfans lors de leur naissance, comme par une substitution fidéicommissaire, et avec charge aussi pour les premiers nés de conserver et de rendre la part à leurs frères et sœurs qui naîtraient après eux; mais ce serait une involution de charges de conserver et de rendre incompatible avec les principes du Code.

On objecte que le donateur a pu vouloir ne donner seulement qu'aux enfans du mariage, dans la crainte que le donataire ne dissipât les biens; et le Code n'autorisant l'institution avec charge de conserver et de rendre qu'autant qu'elle serait faite par père ou mère, ou frère ou sœur ne laissant pas d'enfans, l'exclusion du futur époux, dans le cas où la donation était faite par tout autre, avait un motif raisonnable sous le Code. Mais nous répondons que ce motif était insuffiant pour autoriser une disposition qui s'éloigne si évidemment des règles du droit commun, et que n'autorisent ni la lettre ni l'esprit de l'art. 1082. En sorte que nous regarderions comme nulle et de nul effet une pareille institution contractuelle. Elle serait nulle,

parce que l'on n'aurait pas donné à celui à qui l'on pouvait donner, et nulle parce qu'on n'aurait donné principalement qu'à ceux qui ne pouvaient recevoir que subsidiairement et éventuellement, à la faveur uniquement d'un autre qui a été exclu.

679. En rentrant dans les termes d'une institution contractuelle faite seulement au profit des époux ou de l'un d'eux, mais sans exclusion des enfans à naître du mariage, l'effet de la présomption qui appelle ceux-ci, au cas où le donataire mourrait avant le donateur, est de leur faire passer les biens en vertu d'une sorte de substitution vulgaire (1) tacite (2), qui aura pour eux ce grand avantage que, lors même qu'ils auraient répudié la succession de leur père, pour se dispenser d'en payer les dettes, ils pourront accepter l'institution contractuelle. C'est aussi une espèce de représentation.

680. Mais si leur père a survécu au donateur, ne fût-ce que d'un instant de raison, alors il a lui-

(1) Nous disons *une sorte de substitution vulgaire tacite*, car ce n'est pas une substitution vulgaire parfaite, puisque l'on donne ainsi, éventuellement, il est vrai, mais cela ne fait rien à la chose, puisque l'on donne, disons-nous, des biens à des individus qui ne sont pas encore conçus, par une disposition irrévocable, sans cependant qu'un autre reçoive ces biens pour les leur rendre; car si le donataire les recueille, il en fait ce qu'il peut faire de ses biens personnels.

(2) Si la donation a été faite formellement aussi en leur faveur, comme le suppose la première partie de l'art. 1082, alors la substitution vulgaire est expresse.

même recueilli le droit, les biens se sont confondus dans son patrimoine, et les enfans ne pouvant scinder ce patrimoine, ils ne peuvent par conséquent venir aux biens donnés qu'en se portant héritiers de leur père. Dans ce cas, non seulement les enfans et descendans du mariage profiteraient des biens, mais encore ceux d'un autre mariage, et tous héritiers quelconques. Et il en serait de même dans le cas où la donation aurait été faite expressément *aussi* en faveur des enfans, cas prévu à la première partie de l'art. 1082.

681. Pour assurer des avantages encore plus étendus aux enfans, le donateur peut, ainsi que nous l'avons dit plus haut, faire la donation avec charge de restitution; et depuis la loi du 17 mai 1826, cette charge a pu être imposée par autres que père, mère, frère ou sœur, non-seulement au profit de tous les enfans indirectement, nés de divers mariages du donataire, mais encore au profit d'un ou de plusieurs, même nés d'un autre mariage, et à deux degrés; tandis que, d'après le Code, elle n'eût pu être mise que par père, mère, frère ou sœur (dans le cas encore où ces derniers seraient morts sans enfans), au profit de tous les enfans du donataire indistinctement, et au premier degré seulement (art. 1048, 1049 et 1050 combinés).

682. L'effet de cette charge de restitution est de donner aux enfans substitués le droit de recueillir les biens à la mort de leur père donataire, qui les

a lui-même recueillis, sans être obligés d'accepter sa succession.

De là, si le donataire meurt avant le donateur, les enfans et descendans du mariage profiteront seuls de la donation par l'effet de la substitution vulgaire qui y est renfermée ; et si le donataire recueille le droit, les appelés à la substitution, et existans à sa mort, en profiteront seuls ; mais ils en profiteront tous, de quelque mariage qu'ils soient nés.

683. Au reste, quoique les enfans et descendans issus du mariage aient seuls droit au bénéfice de l'institution, quand l'institué est venu à mourir avant le donateur, néanmoins, dans le cas où c'est un ascendant qui a fait la donation, les enfans d'un autre mariage du donataire ont leur part intacte dans la portion des biens formant la réserve à laquelle il aurait eu droit. Par exemple, un fils unique a été institué héritier universel par son père dans son contrat de mariage ; il est devenu veuf, ayant deux enfans de ce mariage, et qui vivent encore à sa mort et à celle de l'aïeul ; il s'est remarié et a eu aussi de ce second mariage deux autres enfans qui lui ont pareillement survécu et qui vivent encore au jour de l'ouverture de l'institution contractuelle : ces derniers, nonobstant l'institution universelle, doivent avoir à eux deux le quart des biens de leur aïeul, c'est-à-dire la moitié de la portion qui aurait appartenu à leur père à titre de réserve s'il lui eût survécu, car ils le représentent

dans la succession de l'aïeul, et leur père n'aurait pas recueilli tous les biens de celui-ci par l'effet de l'institution, il n'en aurait recueilli que la moitié à ce titre; l'autre moitié lui aurait été déférée par la loi, à titre de réserve. Mais quant à la première moitié, c'est, par rapport aux enfans du second mariage, comme si elle eût été donnée à un étranger.

La distribution de la succession de l'aieul se ferait toujours d'après le même principe, dans le cas où il aurait laissé d'autres enfans; il s'agirait seulement de calculer la réserve en raison de leur nombre.

684. Si le donataire prédécédé laisse des enfans du mariage, et des petits-enfans d'un enfant mort avant ou après lui, ceux-ci ont à eux tous dans l'institution la part qu'aurait eue leur père, au cas où il eût vécu à la mort du donateur : ils le représentent, même dans le cas où la donation aurait été faite par un autre qu'un ascendant.

685. Et si tous les enfans du mariage étaient morts avant leur père donataire, et ayant laissé des enfans, l'institution ne serait pas caduque pour cela, comme l'est la substitution en pareil cas, suivant la manière dont on interprète et dont nous avons interprété nous-même l'art. 1051 (1); car l'art. 1082 veut au contraire, et indistinctement, qu'elle profite, au cas du prédécès du donataire, non seulement aux enfans à naître du mariage, mais

(1) *Voy. suprà*, n° 548.

encore à leurs descendans; ce n'est que le prédécès du donataire et de sa postérité, qui, suivant l'article 1089, rend l'institution caduque.

686. Et comme c'est par *représentation* de leurs pères ou mères prédécédés que les petits-enfans viennent à l'institution, le partage doit être fait par souches, et non par têtes, ce qui est important dans le cas où l'un des enfans du premier degré aurait laissé un plus grand nombre d'enfans vivant au jour du décès du donateur, que n'en auraient laissé les autres enfans.

Ce droit de représentation a toujours été reconnu par les auteurs qui ont écrit sur la matière (1) : on l'admettait, nonobstant le principe, avoué généralement, que l'institution contractuelle renferme une substitution vulgaire tacite, et l'ancienne doctrine que la représentation n'a pas lieu en matière de donations et de dispositions testamentaires, raison qui l'avait fait écarter des substitutions. Suivant Lebrun (2), on l'admettait même dans les coutumes (3) qui ne reconnaissaient aucune représentation. L'instituant, en effet, est présumé avoir voulu que les des-

---

(1) Auroux-des-Pommiers, sur l'art. 219 de *la coutume du Bourbonnais*, nos 49, 50 et 51. Lebrun, *des successions*, liv. III, chap. 2, n° 36. M. Grenier, *des donations et testamens*, n° 419.

(2) *Loco citato.*

(3) Comme celles de Boullenois (art. 76); de Ponthieu (art. 8); d'Artois (art. 93); du comté de Hainaut (chap. 90, art. 5), où le droit d'aînesse passait de l'aîné prédécédé au second fils, au préjudice des enfans de l'aîné.

cendans du mariage profitent de la disposition, dans le cas du prédécès de leur père ou mère. Il a voulu que toute la descendance du donataire lui succédât dans le même ordre que celui dans lequel elle lui succéderait si c'était sa propre descendance, par conséquent, dans l'espèce, avec les droits résultant d'un partage opéré par souches, et non par têtes.

Tout porte à croire que l'art. 1082 a été conçu dans l'esprit des principes admis anciennement sur ce point. Et que l'on n'objecte pas que le donataire et ses enfans n'ayant pas recueilli le droit, vu qu'ils ont prédécédé le donateur, ils n'ont rien pu transmettre à cet égard à leurs propres enfans; car l'on représente fort bien celui qui n'a pas recueilli (article 744); c'est même lui que l'on représente plus particulièrement dans le sens de la loi, puisqu'on ne représente pas les personnes vivantes au jour de l'ouverture de la succession, mais bien seulement celles qui sont mortes naturellement ou civilement à cette époque (même art. et 784).

687. Si l'un des enfans du mariage est venu à mourir avant le donateur, sans laisser de descendans, quoique ce fût depuis le décès de son père donataire, c'est comme s'il n'avait jamais existé quant à l'institution; car elle est faite au profit des enfans et descendans à naître du mariage collectivement, au cas où le donataire mourrait avant le donateur, et qui existeront au jour du décès de ce dernier. Les héritiers de l'enfant prédécédé n'y pour-

raient rien prétendre. Ce n'est même pas à proprement parler par l'effet d'un droit d'accroissement pur que les autres enfans vivans recueillent le droit à eux seuls, c'est par la nature même de l'attribution ou de la dévolution, comme en matière de succession *ab intestat*, où l'on ne s'occupe pas de ceux qui sont morts avant le défunt. Si l'enfant avait survécu au donateur et qu'il renonçât à la donation, alors les autres prendraient sa part par droit d'accroissement (art. 786).

688. Comme le donataire n'a droit aux biens qu'autant qu'il survit au donateur, il s'ensuit qu'il ne peut, du vivant de celui-ci, en disposer au préjudice des enfans ou descendans du mariage, ou de tel ou tel d'entre eux. En sorte que s'il faisait en faveur de l'un d'eux une institution contractuelle ou une disposition testamentaire qui réduirait les autres à leur simple réserve, et qu'il décédât avant l'instituant, ceux-ci n'en recueilleraient pas moins le bénéfice de l'institution première par égales portions, par un partage opéré par têtes ou par souches, suivant les différens cas, et sans égard aux dispositions faites par leur père donataire.

689. Et il en serait ainsi lors même qu'il aurait agi avec le consentement de l'instituant (1) et qu'à l'époque des institutions tel enfant n'exis-

(1) Art. 12 du tit. 1er de l'ordonnance de 1747.

tait pas encore, mais s'est trouvé exister au jour du décès dudit instituant.

690. Ce dernier, même après la mort du donataire, ne pourrait non plus choisir un des enfans du mariage pour recueillir les biens, ou les recueillir pour une plus forte portion que celle des autres enfans; encore qu'il s'agit d'une institution faite sous l'empire des anciennes lois. Ce serait porter atteinte au principe de l'irrévocabilité de ses effets (1).

691. Mais anciennement, dans les coutumes de la Marche, du Bourbonnais et de l'Auvergne, le donateur se réservait souvent la faculté de distribuer inégalement les biens entre les enfans, dans le cas où le donataire viendrait à mourir avant lui, de les attribuer même à l'un d'eux en totalité : cette clause était jugée valable, même dans les cas où la donation était faite par autre qu'ascendant; elle était reçue comme condition de l'institution (2).

M. Grenier (3) dit, toutefois sous la forme du doute, qu'une telle réserve ne paraît pas en harmonie avec les principes du Code; que l'art. 1082, rapproché des art. 1048 et 1049, semble conçu dans un esprit tout-à-fait opposé, en ce qu'il déclare la

---

(1) Ainsi jugé à la Cour de Toulouse, le 3 juin 1825. Sirey, 26-2-148.

(2) Chabrol, sur la Coutume d'Auvergne, tom. II, pag. 340.

(3) Tom. II, n° 420.

donation dont il s'agit présumée faite au profit des enfans et descendans à naître du mariage, au cas du prédécès du donataire, et que le Code n'a autorisé les substitutions, dans les cas encore où il les a admises, qu'en faveur de tous les enfans indistinctement; que les principes d'égalité qui règnent dans le Code sont incompatibles avec la clause en question.

Ces raisonnemens sont réellement sans force, et M. Grenier perd ici de vue qu'il ne s'agit point de substitution fidéicommissaire, il s'agit uniquement de savoir si l'instituant pouvait faire la disposition avec la réserve qu'en cas de mort du donataire survenue avant la sienne, elle deviendrait caduque, car il est clair que s'il a pu stipuler une pareille réserve, il a pu stipuler par cela même qu'il pourrait distribuer les biens compris dans l'institution comme il l'entendrait, puisque celui qui peut le plus, peut le moins; or, certainement il l'a pu, et M. Grenier lui-même ne dit pas le contraire : il ne le dirait d'ailleurs que contre toute raison, attendu que celui qui aurait pu, en donnant des biens présens, en stipuler le retour, au cas du prédécès du donataire, et la résiliation de la donation dans ses effets même à l'égard des tiers (art. 951 et 952), a bien pu, *à fortiori*, stipuler que les enfans du mariage ne jouiraient pas de ses biens à venir dans le même cas. On peut toujours rentrer dans le droit commun, et la présomption de l'art. 1082 étant une exception aux principes, le Code n'a point dé-

fendu de s'éloigner d'une dérogation à ses règles générales (1).

692. Mais l'instituant n'eût pu stipuler sous le Code, et il ne le pourrait même pas aujourd'hui, nonobstant la loi du 17 mai 1826, qu'en cas de prédécès du donataire, les biens compris dans l'institution appartiendraient exclusivement à tel ou tel enfant issu du mariage, par exemple à l'aîné, ou qu'ils lui appartiendraient pour une part plus forte que celle des autres enfans. La raison en est simple : on ne peut disposer par acte entre-vifs au profit d'individus qui ne sont pas encore conçus, que de deux manières, ou dans deux cas : par institution contractuelle, et par substitution fidéicommissaire. Or, l'on ne serait dans aucun de ces cas par la clause dont il s'agit : on ne serait pas dans celui de l'institution contractuelle, puisque, de sa nature, lorsque le donataire meurt avant le donateur, elle profite à tous les enfans et descendans à naître du mariage, tandis que, d'après la clause, elle profiterait seulement à tel ou tel d'entre eux ; et l'on ne serait pas davantage dans celui de la substitution, attendu que le donataire n'ayant pas recueilli, il n'a rien pu rendre.

Au lieu que dans le cas précédent, les enfans existent lorsque l'instituant fait son choix ou la distribution des biens compris dans l'institution : il

(1) M. Delvincourt est du même avis.

ne dispose donc pas au profit d'individus qui ne sont pas encore conçus; il exerce seulement une réserve mise comme condition de la disposition.

693. L'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit des époux ou de l'un d'eux, et des enfans et descendans à naître du mariage, au cas de prédécès du donataire. On ne peut faire un héritier irrévocablement par contrat qu'en faveur du mariage; la loi n'a admis que cette seule exception. A l'égard de tout autre individu, il ne peut y avoir disposition irrévocable qu'autant qu'elle est des biens présens, et non des biens à venir, ou de l'hérédité en tout ou partie.

694. Ces principes ont toujours été reconnus (1); mais pour éluder l'obstacle qu'ils offrent à ce qu'un tiers puisse profiter de l'institution contractuelle, on prenait jadis un détour. On instituait le futur avec *charge d'associer*, c'est-à-dire avec charge de faire participer telle ou telle personne, par exemple ses frères et sœurs, au bénéfice de l'institution (2). Cette clause, qui avait pris son principe dans la faculté de faire des substitutions de toute espèce, était regardée comme très valable (3). Le

---

(1) *Voy.* Lebrun, *des successions*, liv. III, chap. 2, n° 12.

(2) Lebrun, *ibid.*, n° 13, et Auroux-des-Pommiers, sur les art. 219 et 224 de la coutume du Bourbonnais.

(3) Le droit romain en avait fourni, sinon précisément l'exemple, du moins le motif, par une espèce d'analogie. *Voy.* la L. *cum ex filio*, ff. *de vulgari substit.* Bergier, annotateur de Ricard, s'ex-

tout est de savoir si elle n'est point repoussée par les principes du Code.

Nous croyons fermement qu'elle l'est; l'art. 943 combiné avec l'art. 1082, s'oppose à sa validité. On ne peut donner par acte entre-vifs des biens à venir, ni directement ni indirectement; on le peut, il est vrai par contrat de mariage, mais seulement aux époux ou à l'un d'eux, et aux enfans et descendans à naître du mariage. Nul autre ne peut participer à une institution contractuelle faite par un contrat de mariage qui n'est pas le sien ni celui de son ascendant. Il y a chez lui incapacité de recevoir par cette voie. Ainsi, ce n'est pas comme renfermant une substitution prohibée que nous regardons la clause comme nulle, car elle n'en renfermerait pas si la charge était de rendre de suite, ou même avant la mort de l'institué; ce serait seulement alors tout au plus un simple fidéicommis (1). C'est parce qu'elle s'applique à des biens à venir, dont aucun

---

prime ainsi dans une note placée sous le n° 327 du chap. VII de la première partie *des substitutions* : « Cette clause a son exécution comme « disposition subordonnée, comme *fidéicommis*..... L'institué, obligé « d'obéir à la volonté de l'instituant, devient le canal par lequel « passe le bienfait destiné à la tierce personne gratifiée en sous ordre; « il ne retient que la portion qui lui est destinée, *et restitue le surplus « par fidéicommis*. Peu d'instituans, ajoute-t-il, se doutent qu'ils font « une *substitution*, lorsqu'ils font une pareille institution, à la charge « d'associer; cependant *rien de plus évident.* » Nous nions cette évidence dans beaucoup de cas.

(1) Parmi les anciens auteurs, les uns y voyaient effectivement un fidéicommis; d'autres seulement une condition, une charge de l'institution.

autre que le futur époux et les enfans et descendans à naître du mariage ne peuvent être donataires. L'acceptation des autres enfans, même dans le contrat de mariage de l'institué, ne validerait pas la clause; elle resterait toujours frappée de nullité par les motifs ci-dessus.

Tous les auteurs qui ont écrit sur la matière convenaient d'ailleurs ingénuement que cette clause était un détour imaginé pour éluder la loi, qui ne permet pas de donner des biens à venir à un tiers. Mais un abus non approuvé expressément par une législation nouvelle, qui consacre clairement des principes contraires, ne saurait être invoquée sous l'empire de cette législation (1).

La Cour de Bourges, par son arrêt du 19 décembre 1819 (2), rendu dans une espèce née sous le Code, et où l'instituant n'était point un ascendant, a jugé que l'institution n'était valable que pour la part de l'institué principal, et que pour celle des frères et sœurs, elle restait dans la succession *ab intestat* de l'instituant, comme n'ayant pas été donnée; en conséquence qu'elle appartenait aux héritiers de ce dernier.

---

(1) Nonobstant ces raisons qui sont d'une justesse incontestable, M. Merin, dans son *Répertoire*, v° *institution contractuelle*, § 5, n° 8, et ensuite dans son 16e volume (supplément), au même mot, § 5, n° 9, n'en persiste pas moins à soutenir que l'institution contractuelle avec charge d'association est valable en son entier, et qu'elle est irrévocable par l'instituant, etc.; mais son opinion est à peu près isolée, et tout porte à croire qu'elle ne fera pas autorité sur ce point.

(2) Sirey, 22-2-110.

695. Ainsi, l'on n'a point simplement regardé la clause comme une condition illicite, qui eût dû être réputée non écrite, en vertu de l'art. 900. On y a vu une absence de disposition au profit des frères et sœurs; et l'on a vu dans l'institution, quoique universelle, la donation faite à l'institué pour sa part seulement.

Nous adoptons aussi cette décision; elle est plus conforme à l'intention de l'instituant, surtout lorsque c'est un ascendant qui a fait la donation; car si la clause était simplement réputée non écrite, les frères et sœurs seraient réduits à n'avoir que leur réserve (dont on n'a pu les priver), tandis que la volonté du père de famille a été de leur attribuer des droits égaux à ceux de leur frère institué. En réalité, il n'a voulu donner à ce dernier que sa part, et ç'a été pour la lui assurer irrévocablement, et en même temps pour ne pas se dépouiller actuellement, qu'il a fait choix du mode de l'institution contractuelle, plutôt que d'un autre (1). Cela répond au raisonnement que si la charge d'associer n'eût pas été insérée dans l'acte, l'institué aurait

---

(1) M. Delvincourt est toutefois d'un avis contraire au nôtre sur ce dernier point. Il décide bien aussi comme nous que la clause d'association est nulle pour les parts des frères et sœurs, mais il dit que le bénéfice de la nullité profite à l'institué principal, parce que la charge d'associer peut être assimilée à une condition contraire à la loi, qui est réputée non écrite d'après l'art. 900; et il cite à l'appui de son sentiment Bergier, annotateur de Ricard, qui le décide ainsi dans sa note placée sous le n° 325 du traité *des substitutions directes et fidéicommissaires*, première partie.

eu toute l'hérédité, puisque l'institution était universelle, et que dès que l'on déclare nulle cette charge, le donataire doit avoir la totalité, sauf les réserves, s'il y en a à fournir. Non! le disposant n'a pas voulu lui donner le total.

696. Au surplus, les clauses d'association portées dans des contrats anciens, passés dans les pays où elles étaient généralement admises par l'usage, doivent recevoir leur exécution même sous le Code. Les usages et les coutumes, à la longue, acquièrent force de loi; c'est le *jus non scriptum*, et la loi nouvelle, qui n'a point d'effet rétroactif (art. 2), ne porte aucune atteinte à des droits acquis. En un mot, la question doit se juger comme on l'eût jugée à l'époque et dans le lieu où le contrat de mariage a été passé.

697. Bien mieux, s'il s'agissait d'une donation de biens présens faite sous le Code, avec clause d'y associer des personnes existantes ou conçues au moment où la donation a reçu sa perfection par l'acceptation, même une donation de l'universalité ou d'une quotité des biens, la clause serait valable sans difficulté, si elle ne renfermait pas une substitution prohibée, et elle n'en renfermerait pas si elle n'était pas d'associer seulement à la mort du donataire; car elle serait alors tout au plus un simple fidéicommis, et non une substitution fidéicommissaire, suivant ce qui a été démontré au tome précédent, n° 77 à 87.

Cette décision est confirmée par l'arrêt de la Cour de Riom, du 16 juillet 1818 (1), qui a jugé valable une clause d'association insérée dans une donation universelle de biens présens, faite par acte entre-vifs ordinaire (2), et dans laquelle on prétendait voir une substitution prohibée par le Code.

Dans l'espèce, un père avait donné tous ses biens, meubles et immeubles, à son fils aîné, à la charge par lui d'associer à la donation ses frères et sœurs; et postérieurement il avait vendu des immeubles. C'est sur la demande en nullité de la vente, formée par les enfans, que l'acquéreur opposa la nullité de la donation pour vice de substitution prohibée. Mais cette prétention fut rejetée, ainsi qu'elle devait l'être, attendu que la clause d'association n'emportait point, pour le donataire, charge de conserver pendant sa vie pour rendre, à sa mort, à ses frères et sœurs, leurs portions dans la donation; car ils étaient en droit de la lui demander de suite, en vertu de l'art. 1121. C'était une condition, une charge de la donation qui lui était faite par le père, et voilà tout; leur demande eût même été une acceptation suffisante (3). La charge pou-

---

(1) Sirey, 1819-2-285.

(2) Mais la circonstance que ç'aurait été dans un contrat de mariage eût été indifférente, puisqu'il ne s'agit que de biens présens.

(3) *Voy.* tome précédent, n° 417, et les arrêts qui y sont cités à l'appui de cette proposition. *Vide* aussi, *ibid.*, n° 464 et 466.

vait donc tout au plus être considérée comme un fidéicommis; mais tout fidéicommis n'est pas une substitution fidéicommissaire, et il n'y en avait pas dans l'espèce, puisque les frères et sœurs, en acceptant aussitôt le bénéfice de la clause d'association, devenaient par là même aussitôt propriétaires, ce qui encore une fois excluait toute charge de conserver et de rendre, de conserver comme propriétaire pour rendre d'autres propriétaires à leur tour, ce qui est le caractère des substitutions fidéicommissaires. L'art. 896 n'était donc nullement applicable.

698. Ainsi que nous avons eu occasion de le dire en passant (1), la clause par laquelle un père en mariant l'un de ses enfans, les institue ou promet de les instituer tous ses héritiers par égales portions, ou de leur laisser sa succession par portions égales, ne contient une institution contractuelle valable que pour l'enfant dans le contrat de mariage duquel elle se trouve. Le père ne peut plus, il est vrai, disposer à titre gratuit au préjudice de cet enfant, qui doit avoir sa part héréditaire entière, eu égard au nombre d'enfans laissés au décès (2);

---

(1) *Suprà*, nos 655 et 656.

(2) Toutefois, si la donation n'est pas faite par préciput et que le donataire accepte la succession, il est soumis, comme tout autre donataire, à la loi du rapport (art. 843); en conséquence, à raison des dons que le père aurait faits, et qui diminuerait ainsi sa masse *ab intestat*, l'enfant ne prenant plus que sa part dans cette masse ainsi

mais il peut encore disposer du disponible ordinaire, moins la part qui en a été assurée à l'enfant marié, par l'institution contractuelle faite à son profit.

Par exemple, un père ayant trois enfans, les a institués ou a promis de les instituer tous par égales portions, par le contrat de mariage de l'un d'eux : il laisse 60,000 francs de biens toutes dettes déduites. Son disponible étant d'un quart, ou de 15,000 francs dans l'espèce, le tiers de cette somme a été assuré à l'enfant intitué régulièrement; en sorte que celui-ci doit avoir 20,000 fr. y compris sa part dans la réserve, qui est de 45,000. Mais le père n'en a pas moins pu disposer au profit de qui bon lui a semblé des 10,000 francs restant de son disponible; et, s'il l'a fait, ces 10,000 fr. se prendront sur les autres 40,000 fr. qui auraient appartenu aux deux autres enfans si ces 10,000 fr. n'avaient pas été donnés.

Et ils ont pu l'être, même à l'institué, nonobstant la clause d'égalité, puisqu'elle ne liait pas le père en ce qui concernait les autres enfans.

699. Il s'est présenté à la Cour de Douai, et ensuite à la Cour de cassation, une espèce assez délicate, née sous l'empire des lois anciennes, mais cette circonstance est indifférente, comme on va

---

diminuée, ne se trouverait pas avoir en définitive une part héréditaire entière, abstraction faite de tout autre don.

le voir. Un contrat de mariage de 1789 présentait la clause suivante : « Les père et mère déclarent « instituer ledit futur époux, ou ses enfans par re- « présentation, leur héritier mobilier et immobi- « lier, pour avoir une *part égale* en leur succes- « sion, après le décès du survivant desdits père et « mère, *à l'encontre de leurs autres enfans.*

La Cour de Douai, assimilant les institutions contractuelles aux institutions testamentaires, sauf l'irrévocabilité des premières, avait décidé, parce que tous les autres enfans étaient venus à mourir avant les instituans, que celle ci-dessus comprenait tous les biens au profit de l'institué, et en conséquence elle avait annulé toutes les dispositions testamentaires faites par l'instituant.

Mais, comme elle n'avait pas décidé de la sorte par simple interprétation de la clause et de l'intention des disposans, la Cour suprême a cassé sa décision, par arrêt du 15 décembre 1818 (1), attendu que l'enfant qui se mariait n'avait été institué que *pour une part égale à celle des autres enfans* (2), et que les instituans n'avaient pas renoncé au droit de disposer à titre gratuit, de la portion déterminée par la loi.

En effet, cette clause ne présentait pas une institution universelle en faveur de l'enfant marié, au

(1) Sirey, 19-1-19.

(2) C'est ce que nous avons dit plus haut relativement à la clause d'association.

cas du prédécès de ses frères et sœurs. C'était uniquement, dans la pensée des constituans, l'assurance donnée à cet enfant que ses frères ou sœurs n'auraient pas, dans le disponible, une part à son préjudice; et l'on sent très bien l'utilité d'une pareille clause; elle est même fréquente dans les contrats de mariage des puînés, surtout dans celui des filles lorsqu'il y a des fils : l'autre famille craint un avantage en faveur de ces derniers, et elle veut le prévenir par une semblable clause; mais elle ne songe pas à stipuler par là une institution universelle au profit de la future, au cas où tous ses frères et sœurs viendraient à mourir avant les père et mère.

On ne pouvait non plus prétendre, dans l'espèce, que les autres enfans avaient été pareillement institués chacun pour leur part, par l'effet de ces mots, *à l'encontre de leurs autres enfans*, et qu'étant venus à mourir avant l'instituant, leur portion avait accru à celle de l'enfant marié. Car, premièrement, ces expressions n'emportaient aucune institution à leur profit, leur effet se rapportait uniquement à l'institution faite en faveur du futur, et pour en régler l'étendue. En second lieu, lors même qu'une institution formelle eût été faite à leur profit, elle aurait été nulle, d'après ce qui a été dit plus haut; elle n'eût pu valoir, même à l'époque où le contrat avait été passé, que par l'emploi du moyen détourné et abusif de la clause d'association. D'après cela, il n'y avait pas de droit d'accroissement possible à l'égard des parts des frères

et sœurs, puisque les père et mère se trouvaient n'en avoir pas disposé. En un mot, les autres enfans n'ayant pas eu une part plus forte que celle de l'institué, puisqu'ils n'en ont même pas eu du tout, la clause a reçu son exécution selon son véritable esprit; et la Cour suprême a pu et dû lui donner cette interprétation, quoiqu'elle n'interprète pas les actes eu égard à l'intention des parties, car c'est l'office des tribunaux et des Cours d'appel; mais parce qu'elle en détermine la nature et les véritables caractères d'après les règles tracées par la loi, lorsqu'on méconnaît ces règles.

700. L'institution contractuelle s'ouvre par la mort naturelle ou civile de l'instituant, puisqu'elle n'est rien autre chose que l'attribution ou le don de l'hérédité en tout ou partie, et que l'hérédité s'ouvre par la mort naturelle ou civile (art. 25 et 718).

Ainsi, elle ne devient pas caduque, comme le testament, par la mort civile de l'instituant; l'art. 25 n'est point applicable à ce cas, vu qu'elle n'est point un testament, un acte révocable, mais un contrat, dont les effets, tels qu'ils sont déterminés par la loi, sont permanens et irrévocables, et que, par cette raison, l'auteur de l'acte n'a pu anéantir par son propre fait (1).

701. Mais si le donataire se trouve frappé de

(1) C'est ce que nous avons déjà dit au tom. I[er], n° 249. *Voy.* aussi tom. VI, n° 49, note 1 à la page 61.

mort civile à la mort du donateur, et qu'il n'y ait pas d'enfans ou descendans du mariage, la donation est caduque ; car, bien qu'elle fût irrévocable, elle ne devait néanmoins s'ouvrir à son profit qu'à la mort du disposant ; et par conséquent il devait être capable de recueillir à cette époque ; à la différence d'une donation entre-vifs de biens présens, payable même après le décès du donateur, attendu qu'alors le droit, acquis par le fait seul de l'acceptation, devient transmissible aux héritiers quelconques du donataire.

Si l'institué a été atteint par la mort civile depuis la donation, mais qu'il soit rentré dans la vie civile au moment du décès du donateur, il recueille le bénéfice de l'institution, parce que l'incapacité intermédiaire n'est pas comptée : *media tempora non nocent* (1). Il n'y a pas lieu de dire que les enfans du mariage, au cas où il en existerait, ont pris sa place, et que, d'après l'art. 30, le condamné ne pouvant rentrer dans la vie civile que pour l'avenir, sans préjudice des effets que la mort civile a produits dans l'intervalle écoulé depuis l'expiration des cinq ans jusqu'au jour de sa comparution en justice, son droit à l'institution contractuelle a passé de sa personne sur leurs têtes ; car précisément il n'avait encore point de droit définitivement acquis,

---

(1) L. 1, § 8, ff. *de bonor possess. secundùm tabul.* Voy. tome précédent, n° 230 et suivans, où nous décidons même que le legs fait à un individu frappé de mort civile à l'époque du testament, est valable, si le légataire se trouve capable de recueillir à la mort du testateur.

pas plus qu'eux : seulement il était appelé, et avant eux, à recueillir les biens au jour de la mort du donateur, pourvu qu'il fût alors capable de les recueillir; or, il a cette capacité.

Mais s'il est encore sous le coup de la mort civile au moment de la mort du donateur, alors il est certain que ses enfans et descendans, issus du mariage, le remplacent dans l'institution, comme s'il était mort naturellement (art. 744).

702. Et il en est de même s'il est indigne de recueillir le bénéfice de la disposition, ou s'il y renonce; elle a effet dans leur intérêt ; ils sont tacitement substitués vulgairement à leur père, pour le cas où celui-ci ne recueillerait pas le droit, quelle qu'en soit la cause. Le donateur les a embrassés dans sa libéralité comme le père; seulement il a préféré celui-ci : mais dès que cette préférence ne peut pas avoir de résultat, alors les enfans recueillent la disposition en vertu d'un droit qui leur est propre, et qu'ils ne tirent nullement de leur père, mais bien de l'instituant seulement. L'art. 1082 n'a point entendu limiter le droit des enfans au seul cas du prédécès du donataire par rapport au donateur, il a seulement voulu ne les appeler qu'à *défaut* de leur père. L'art. 1089 confirme aussi cette décision.

703. Voyons maintenant quels sont les effets de l'institution contractuelle.

D'après l'art. 1083, « la donation, dans la forme

« portée au précédent article, sera irrévocable, en « ce sens seulement que le donateur ne pourra plus « disposer, à titre gratuit, des objets compris dans « la donation, si ce c'est pour sommes modiques, à « titre de récompense ou autrement. »

704. Quant à ces dons, en cas de contestation, l'on prendrait en considération la fortune du disposant, l'importance des services rendus, la qualité du donataire ou légataire; et les tribunaux réduiraient les libéralités si, d'après ces diverses circonstances, elles leur paraissaient excessives et porter atteinte à la disposition.

705. Et comme le donateur ne peut faire un héritier au préjudice de l'institution, suivant ce que décidait l'art. 31 du titre XIV de la coutume d'Auvergne, et selon aussi ce qu'ont enseigné tous les auteurs qui ont écrit sur la matière, il s'ensuit qu'il ne peut aucunement disposer à titre universel au profit de qui que ce soit. La Cour de cassation l'a décidé ainsi (1) dans le cas d'une donation du quart des biens faite par l'instituant au profit de son conjoint, en réformant un arrêt de la Cour d'Amiens qui avait maintenu cette donation contre l'esprit et la teneur de l'art. 12 du titre Ier de l'ordonnance de 1747, sous l'empire de laquelle l'institution contractuelle avait été faite, et dont les dispositions à cet égard ont été reproduites dans les art. 1082

(1) Arrêt du 23 février 1818. Sirey, 18-1-200.

et 1083 du Code civil. L'art. 909 fournit aussi un argument pour exclure les dons à titre universel.

L'on sent au surplus que le don, même à titre universel, fait au profit d'un héritier ayant droit à une réserve, et n'excédant pas la quotité dont se compose cette réserve, serait valable ; et s'il excédait cette quotité, il serait réductible. Mais hors ce cas, le donateur ne peut disposer qu'à titre particulier.

706. Et même pour les donations d'immeubles faites à ce titre, les donataires postérieurs à l'institution contractuelle ne pourraient opposer le défaut de transcription : elle n'était point prescrite dans ce cas ; elle ne pouvait même avoir lieu, puisque l'instituant était encore propriétaire (1).

707. Les héritiers ne le pourraient pas davantage, ni se prévaloir du défaut d'état estimatif du mobilier compris dans l'institution ; il n'est pas prescrit dans ces sortes de donations (2).

708. Le donateur peut vendre, échanger, transiger, et faire tous autres actes à titre onéreux, et de bonne foi : il a conservé la propriété de ses biens ; seulement il s'est interdit d'en disposer à titre gratuit, par donation entre-vifs ou par testa-

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 506.

(2) *Voy. ibid.*, n° 411.

ment, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement.

Ainsi, une servitude a pu être constituée de bonne foi sur les biens affectés de l'institution contractuelle (1).

709. Mais si, sous la forme d'un contrat à titre onéreux, par exemple d'une vente, le donateur cache une donation faite au préjudice de l'institution, l'institué peut être reçu à prouver la simulation et faire annuler l'acte, à la charge de rembourser au prétendu acheteur ce que celui-ci prouverait de son côté avoir réellement payé au prétendu vendeur. Quant aux frais et loyaux coûts du contrat, ils resteraient à la charge de l'acheteur, comme dépenses inutiles par lui faites.

710. On annulerait aussi les autres libéralités indirectes, comme les reconnaissances de prétendues dettes; l'institué devrait être facilement reçu aussi à prouver la simulation ; il pourrait même être reçu à faire cette preuve par témoins, surtout lorsqu'il aurait un commencement de preuve par écrit.

711. La vente ou cession moyennant une rente viagère présente plus de difficulté. D'une part, cessant par la mort du donateur, elle ne laisse rien au donataire quant aux biens aliénés à ce titre ; et, sous ce rapport, elle est ou peut être un moyen fa-

(1) Arrêt de rejet du 20 décembre 1815 (Sirey, 26-1-79), confirmatif d'une décision de la Cour de Riom.

cile d'altérer les effets de l'institution, surtout lorsque le taux de la rente n'est pas en proportion avec la valeur des biens aliénés, en considérant l'âge avancé du donateur et toutes les circonstances particulières qui ont accompagné le contrat.

D'un autre côté, la vente moyennant constitution d''une rente viagère n'est point un titre gratuit, et la loi ne défendait au donateur que de disposer à ce titre au préjudice de l'institution. Les chances de durée de la rente peuvent même en faire un contrat réellement désavantageux pour l'acheteur, cela s'est vu fréquemment. Il serait d'ailleurs difficile, pour ne rien dire de plus, d'empêcher le donateur d'arriver au même but par des voies détournées, en aliénant ses biens et en en remettant le prix de la main à la main à celui qu'il voudrait avantager au préjudice de l'institution, ou en lui en livrant le capital moyennant une constitution de rente viagère, à un taux raisonnable en apparence, et dont il lui remettrait successivement les arrérages, en lui en donnant quittance, comme s'il en avait reçu le montant : en sorte qu'il est vrai de dire que le sort de l'institution, dans le fait, dépend beaucoup de la bonne foi de l'instituant ; mais la bonne foi est toujours présumée (articles 1116 et 2268).

La Cour de Riom, en confirmant un jugement du tribunal civil de Moulins, a jugé (1) que la

---

(1) Par arrêt du 4 décembre 1810. Sirey, 13-2-348.

vente même de tous les immeubles que possédait l'instituant, moyennant une rente viagère, était dans les droits de ce dernier.

712. Elle a aussi décidé par le même arrêt que la convention faite par l'instituant avec l'institué, dans un acte postérieur au contrat de mariage, par lequel il renonçait au droit de disposer de ses immeubles même à titre onéreux, était nulle et de nul effet comme stipulation sur succession future, et proscrite, à ce titre, par l'art. 1130.

713. Cette dernière décision est à l'abri de toute critique, et la renonciation faite même dans le contrat de mariage au droit de disposer des immeubles à titre onéreux, devrait être pareillement regardée comme nulle et de nul effet; ce serait aussi une stipulation sur succession future faite hors des limites posées par la loi. Les art. 1082 et 1083 sont des dérogations au droit commun, en ce qu'ils autorisent la convention sur succession future, par l'interdiction que s'impose le donateur de disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution, et par l'attribution, par acte entre-vifs, du droit héréditaire au profit même de celui auquel ce droit eût été ou eût pu être étranger. Mais la loi n'autorise pas autre chose: elle règle les effets de cette disposition, et hors de là le droit commun reprend toute sa puissance. Si le donateur veut aussi s'interdire le droit d'aliéner ses biens, alors il faut qu'il les donne comme biens présens,

en les désignant ou en les donnant à titre universel, et qu'il s'en réserve l'usufruit. Mais s'il ne les donne que comme biens à venir, comme biens qu'il laissera au jour de sa mort, la renonciation ci-dessus est absolument nulle.

714. Quant à la décision relative à l'aliénation des biens moyennant une rente viagère nous l'adoptons pleinement en principe; mais si la fraude était manifeste, si les circonstances dans lesquelles serait intervenu le contrat démontraient clairement qu'il n'a été imaginé que comme un moyen détourné pour rendre illusoire l'institution contractuelle, et que l'acquéreur eût été complice de la mauvaise foi du donateur, les tribunaux, qui répriment toujours le dol partout où il se montre à leurs yeux, devraient également le réprimer dans ce cas.

Dans la cause jugée par la Cour de Riom, on n'a point allégué de fraude commise par les tiers acquéreurs.

715. Au surplus, lorsque celui qui a fait une institution contractuelle sous une certaine réserve, a fait depuis donation de biens seulement équivalens à la réserve, et qu'il a ensuite vendu ses autres biens, de manière que l'institution est devenue stérile, on ne peut pas dire que c'est dans la donation que se trouve le préjudice fait à l'institution, puisque le donateur n'a disposé, à titre gratuit, on le suppose, que de la valeur dont il

s'était réservé la faculté de disposer à ce titre (1).

Et il faudrait encore décider la même chose, quoique la donation dont il s'agit n'eût été faite que depuis les ventes.

716. Et si dans une institution contractuelle le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'une certaine somme, il peut disposer d'une somme plus forte si l'institué y consent, sans que les créanciers de ce dernier, postérieurs au consentement donné par lui, puissent attaquer cette disposition comme faite au préjudice de leurs droits (2).

717. C'est la loi en vigueur à l'époque du contrat qui règle la validité d'une institution contractuelle. Ainsi est nulle l'institution faite sous la loi du 17 nivôse an II, quoique le donateur fût mort sous le Code civil (3).

L'institution ne vaut même pas dans la mesure du disponible ordinaire (4).

718. L'institué contractuellement est tenu personnellement des dettes et charges de la succession, eu égard à la quotité qui a été donnée, ou, si ce sont les immeubles ou les biens meubles, ou une

---

(1) Arrêt de cassation du 7 juin 1808 (Sirey, 8-1-364), réformant une décision de la Cour d'Amiens.

(2) Arrêt de cassation d'une décision de la Cour de Riom, en date du 8 novembre 1815. Sirey, 1816-1-137.

(3) Arrêt de la Cour de Limoges du 26 juin 1822. Sirey, 22-2-276.

(4) Pau, 28 août 1824. Sirey, 25-2-382.

quotité des uns ou des autres, dans la proportion de la valeur des biens compris dans l'institution, comparés au surplus de l'hérédité ; et il est tenu hypothécairement pour le tout, sauf son recours tel que de droit (art. 1085, 1009, 1012 et 871 par argument).

Il faut, à cet égard, se reporter à ce que nous avons dit sur la contribution au dettes par les héritiers et par les légataires à titre universel (1).

719. Si l'institution est de l'universalité des biens, et qu'il n'y ait pas d'héritiers à réserve, ou que l'institué soit le seul à qui la réserve serait due, il est saisi de plein droit par la mort du défunt, par argument de l'art. 1006.

Dans les autres cas, il doit demander la délivrance aux héritiers dans l'ordre tracé au titre des successions (art. 1004 et 1011 aussi par argument).

720. Quant aux fruits, ce que nous avons dit à ce sujet en parlant du légataire universel et du légataire à titre universel (2), est applicable à l'institué par contrat de mariage.

721. Et lorsqu'il est saisi, s'il s'immisce dans les biens sans faire auparavant au greffe la déclaration qu'il entend n'accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire, il est tenu des dettes et charges

---

(1) Tom. VII, sect. 4, § 1er, et *suprà*, nos 201, 202, 212 et suivans.

(2) Voy. *suprà*, nos 192 et 211.

etiam ultrà vires; dans le cas contraire, il n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens par lui recueillis, pourvu qu'il ne les ait pas confondus avec les siens sans un inventaire ou état propre à en constater la consistance et valeur (1).

722. L'institution contractuelle devient caduque si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité *issue du mariage*.

Nous ajoutons ces mots, *issue du mariage*, au texte de l'art. 1089, parce qu'il nous paraît évident qu'ils y sont sous-entendus.

En effet, cet article se réfère à l'art. 1082 : « Les « donations, dit-il, faites à l'un des époux, dans « les termes des art. 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, « deviendront caduques si le donateur survit à l'é- « poux donataire et à sa postérité. » Or, d'après l'art. 1082, la donation de biens à venir ne peut être faite qu'en faveur des époux ou de l'un d'eux, et, au cas de leur prédécès, en faveur des enfans et descendans à naître du mariage : aucun autre qu'eux ne peut participer à l'institution, même en vertu d'une stipulation formelle portée au contrat de mariage; c'est le don irrévocable de l'hérédité, et il n'est permis qu'en faveur du mariage. On l'a toujours entendu ainsi, et c'était pour éluder ce principe, que l'on prenait jadis le détour de la clause

---

(1) Ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois, tom. VII, nos 14 et 433; et *suprà*, nos 201, 212 et suivans.

d'association, dont nous avons parlé. Comment, d'après cela, les enfans d'un mariage antérieur ou postérieur pourraient-ils profiter de l'institution? Comment pourraient-ils en profiter par le seul effet d'une présomption de volonté du donateur, lorsqu'une déclaration formelle de ce dernier portée dans le contrat de mariage n'aurait pu les y appeler même subsidiairement? C'est ce qu'il nous est impossible de concevoir; la loi entendue en ce sens serait en contradiction palpable avec elle-même, elle supposerait avoir été fait tacitement par le donateur, ce qu'elle lui interdisait de faire formellement: et cette supposition est absurde au dernier point.

Suppose-t-on en effet des enfans d'un premier mariage? Mais ils sont incapables de recueillir les biens à venir du donateur par un acte qui ne réunit pas les formes du testament; et le donateur n'a pu se lier à leur égard irrévocablement.

Suppose-t-on des enfans issus d'un mariage postérieur? Même empêchement, et de plus l'on donnerait par acte entre-vifs, et d'une manière irrévocable, à des individus qui ne sont pas encore conçus; et l'on ne peut disposer au profit de personnes qui ne sont pas encore conçues qu'en faveur de celles qui naîtront du mariage.

Ainsi, sous quelque rapport que l'on envisage la chose, il n'y a et il ne peut y avoir que la postérité issue du mariage qui prévienne et empêche la caducité de l'institution, parce qu'il n'y a qu'elle qui

puisse être légalement appelée à en profiter, et que ce n'est qu'elle que la loi elle-même y appelle, à défaut de l'époux donataire. L'art. 1089 se co-ordonne avec l'art. 1082, et s'explique par lui; sa rédaction, plutôt incomplète qu'inexacte, est complétée par les termes fort clairs de ce dernier et par les principes généraux du droit; et c'est peut-être parce que les rédacteurs du Code se sont reportés par la pensée à cet article et à ces mêmes principes, qu'ils n'ont pas jugé utile d'ajouter aux mots *et à sa postérité*, ceux-ci, qui auraient prévenu, nous ne disons pas tout doute, mais toute argumentation, *issue du mariage*, les jugeant très probablement superflus. Quoi qu'il en soit, ils n'ont pu vouloir mettre la loi en contradiction avec elle-même, en appelant à l'institution contractuelle, et par l'effet d'une présomption de volonté tacite, des individus que le donateur lui-même n'y eût pu appeler par une déclaration formelle.

Si les enfans d'un autre mariage, antérieur ou postérieur, étaient censés aussi compris tacitement dans la disposition, il faudrait dire, par voie de conséquence, qu'ils peuvent aussi concourir avec ceux du mariage; car il n'y a rien dans la loi qui établisse simplement un ordre de préférence; il y a bien, selon nous, et selon tous les principes de la matière, exclusion de tous ceux qui ne sont pas nés du mariage en faveur duquel la donation a été faite, mais, nous le répétons, il n'y a point d'ordre de simple préférence. On ne pourrait trouver cette

préférence que dans la volonté présumée du donateur, qui aurait entendu donner d'abord aux enfans du mariage, mais précisement c'est qu'il n'a voulu et n'a pu donner qu'à eux, et alors ce n'est pas seulement une préférence en leur faveur, c'est de plus une exclusion de tous autres.

Enfin s'il fallait prendre le mot *postérité* à la lettre, il faudrait dire aussi que les enfans naturels reconnus du donataire empêchent pareillement la caducité, et qu'ils profitent de la donation, puisqu'ils font aussi partie de sa *postérité*; ce qui serait absurde au dernier point, et ce qu'on n'a pas encore osé avancer. Mais, dira-t-on, pour repousser l'objection, les enfans naturels ne forment point la postérité qu'on a eue en vue, la postérité légitime, la postérité issue du mariage : nous répondons que cela est vrai, mais nous disons aussi que le Code ne parle pas de postérité *légitime*; il a bien eu en vue certainement cette postérité, mais c'est celle du mariage en faveur duquel a eu lieu la donation, puisqu'il ne s'occupe d'aucun autre mariage; et cela confirme encore notre interprétation.

D'après cela, il n'y a pas à distinguer (1), si l'institution contractuelle a été faite par un ascendant, ou par un autre; il n'y a pas lieu de dire que l'instituant ascendant a voulu embrasser dans sa libéra-

(1) Comme la Cour de Riom l'a fait par un des considérans de son arrêt du 4 décembre 1810, que nous avons cité, *suprà*, n° 711, sous un autre rapport.

lité tous les enfans de son fils donataire, même ceux nés d'un autre mariage, car il ne lui a pas plus été permis qu'à tout autre instituant de donner à d'autres enfans qu'à ceux à naître du mariage en faveur duquel il faisait la disposition; et bien certainement il n'y a pas songé, puisque ces autres enfans étant également ses héritiers, il n'y avait pas nécessité ni même utilité pour eux de les comprendre dans l'institution dans le cas supposé, où il n'y a pas de descendant du mariage, vu qu'il peuvent prendre les biens à un autre titre que celui de donataires. Et il est invraisemblable aussi que le donateur a voulu les comprendre dans la disposition, précisément pour se lier aussi à leur égard et s'interdire la faculté de disposer de son disponible. On court le risque de se jeter dans des chimères, en se livrant à des conjectures arbitraires, en édifiant un système à côté de la théorie de la loi, qui est simple et claire.

173. L'institution contractuelle faite par une femme en puissance de mari, et non autorisée par celui-ci, ou, à son refus, par la justice, est-elle valable? Y a-t-il à distinguer, à raison du régime sous lequel la femme serait mariée?

M. Grenier (1), après avoir enseigné que la femme mariée sous le régime dotal peut faire une institution contractuelle avec le consentement de son mari, ou, à son refus, avec l'autorisation de la

(1) Tom. I[er], n° 431.

justice, quoique les biens dotaux n'eussent pas été déclarés aliénables par le contrat de mariage, et qu'elle peut à plus forte raison, dûment autorisée, en faire une de ses biens paraphernaux, a ensuite abandonné son opinion touchant la nécessité de l'autorisation maritale ou judiciaire.

« Après avoir réfléchi, dit-il dans une addition « placée à la troisième édition de son ouvrage (au « n° 431), sur la question de savoir si, pour la validité « d'une institution contractuelle que ferait une « femme en puissance de mari, séparée ou non, « elle doit nécessairement, à peine de nullité, être « autorisée par le mari, et à son refus par la jus- « tice, nous croyons devoir nous décider pour la « négative. Cela résulte même de l'institution con- « tractuelle. On ne peut induire la nécessité de cette « forme des art. 217, 219, 905, 1555 et 1556 du « Code civil. Tous ces articles ont seulement trait « aux actes qui emporteraient des aliénations, ou « qui seraient constitutifs d'hypothèques. L'insti- « tution contractuelle est une donation de la suc- « cession. Elle est irrévocable, à la vérité; mais cette « irrévocabilité n'empêche pas de vendre ou d'hy- « pothéquer, pourvu que ce soit de bonne foi, et « non en fraude de l'institution. Dès lors, elle ne « dépouille pas : on ne peut donc la comparer aux « actes dont on vient de parler. On pourrait plutôt « lui appliquer la seconde partie de l'art. 905, où « il est dit que la femme n'aura besoin ni du con- « sentement du mari, ni de l'autorisation de la jus-

« tice pour disposer par testament. Mais on sent « que si l'usufruit des biens de la femme avait déjà « été assuré au mari, l'institution contractuelle ne « pourrait l'en priver. »

Cela n'est pas douteux. Mais plus loin (1), M. Grenier rappelant ce qu'il a dit au n° 431, qu'une femme mariée sous le régime dotal a pu faire, avec l'autorisation de son mari (et même suivant lui ensuite, sans autorisation), ou avec celle de la justice, une donation des biens qu'elle laisserait à son décès, décide indistinctement « qu'il n'en doit pas être « de même en ce qui concerne la donation de biens « présens et à venir, parce qu'une pareille donation « affecte les biens présens, et opère un dessaisis- « sement quant à ces biens; qu'une semblable dis- « position ne pourrait avoir lieu que dans les cas « déterminés dans les art. 1555 et 1556. »

Pour être conséquent dans son système, M. Grenier eût dû faire, dans ce dernier cas, deux distinctions qu'il n'a pas faites.

Premièrement, si l'état des dettes et charges de la donatrice existantes lors de la donation n'eût pas été annexé à l'acte, suivant M. Grenier luimême la donation ne vaudrait que comme institution contractuelle pure, d'après l'art. 1085, et par conséquent elle n'opérerait pas dessaisissement. Dans ce cas, selon M. Grenier, elle devrait valoir comme institution contractuelle, lors même

(1) N° 436.

qu'elle aurait été faite par la femme non autorisée ; tandis qu'il décide indistinctement qu'elle est nulle, quoique la femme eût été autorisée, parce qu'il s'agit de biens dotaux inaliénables. Or, précisément ils n'ont pas plus été aliénés dans ce cas, suivant la doctrine de M. Grenier, que ne l'auraient été d'autres biens formant l'objet d'une institution contractuelle faite par une femme non autorisée.

En second lieu, dans l'hypothèse même où l'état des dettes et charges aurait été annexé au contrat, la donation, dans le système de M. Grenier, ne devrait pas être nulle pour les biens à venir, puisque, à l'égard de ces biens, elle n'emporte pas dessaisissement actuel ; et elle ne devrait même pas être nulle, quant à ces mêmes biens, suivant l'opinion embrassée en dernier lieu par ce jurisconsulte, encore que la femme n'eût pas été autorisée.

Mais ces contradictions ne sont pas le point important, et si nous les relevons, c'est parce que dans l'ouvrage d'un auteur grave, elles peuvent entraîner les jurisconsultes et les tribunaux dans des erreurs préjudiciables.

Pour nous, nous croyons que la femme a besoin d'être régulièrement autorisée dans tous les cas, même pour faire une institution contractuelle pure, sous quelque régime qu'elle soit mariée ; sinon la donation est nulle. Les art. 217, 905 première partie et 1124, sont au contraire applicables, et non la seconde partie de l'art. 905, parce que l'institu-

tion contractuelle n'est point un testament. Elle a bien d'autres effets que le testament : elle empêcherait la femme de disposer à titre gratuit, même au profit de ses enfans ou de ses père et mère, des biens qui s'y trouveraient compris, et la femme n'a pu se dépouiller de ce droit valablement sans être autorisée. Le droit de propriété se compose de la disposition et de la jouissance. Or, la disposition est grandement altérée lorsqu'on ne peut plus disposer à titre gratuit, même doter ses enfans avec les biens donnés; tandis que le testament n'altère ni le droit de disposition ni celui de jouissance. Ainsi, l'opinion de M. Grenier est inadmissible : l'art. 1082 qualifie *donation* l'institution contractuelle, et ce n'est que la doctrine qui attribue le non d'*institution contractuelle* à cette donation des biens que le donateur laissera à son décès. Or, l'article 905 défend, sans aucune distinction, à la femme mariée, de donner sans le consentement de son mari, ou, à son refus, sans l'autorisation de la justice. Si elle l'a fait, l'acte est donc nul. En un mot, la femme aliène par là le droit de disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution, et l'art. 217, ainsi que plusieurs autres, lui défend d'aliéner sans autorisation. Un époux peut faire une donation au profit de son conjoint pendant le mariage, et cette donation est toujours révocable par le donateur, comme le serait un testament (art. 1096); néanmoins il n'est pas certain qu'un époux mineur puisse donner à son conjoint par acte entre-vifs;

le contraire a même été jugé (1). Tandis qu'il eût pu lui donner par testament; et de l'une et de l'autre manière, s'il eût été majeur. Son incapacité comme mineur, à l'effet de disposer par acte entre-vifs au profit de son conjoint, ne serait peut-être pas effacée par la faculté de révoquer l'acte quand bon lui semblerait : or, la femme non autorisée est également incapable de donner (art. 217, 905 et 1124), et, de plus, en donnant même simplement ses biens à venir, elle donne avec irrévocabilité, et s'interdit par là le droit de disposer, à titre gratuit, des biens compris dans l'institution, même de doter ses enfans avec ces biens. Cela, encore une fois, est inadmissible.

724. Quant à l'institution contractuelle faite par une femme mariée sous le régime dotal, dont les biens dotaux n'étaient même point déclarés aliénables, elle est valable, pourvu que la femme ait été dûment autorisée; et elle est valable, non seulement dans le cas où la femme a disposé ainsi en faveur de ses enfans d'un premier mariage, ou des

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 184.

M. Grenier lui-même approuve un arrêt de la Cour suprême, dont nous parlons plus bas, qui a reconnu que l'institution contractuelle faite par un mineur était nulle; il y reconnaît surtout un *contrat*, avec l'arrêt, et, par ce motif, il approuve cet arrêt, qui a jugé que le droit de demander la nullité de l'institution ne durait que dix ans, à partir de la majorité, *tant en défendant qu'en demandant* : Or, un mineur peut cependant faire un testament; donc M. Grenier n'eût pas dû non plus regarder l'institution comme nulle, puisqu'elle n'empêchait pas davantage le mineur de disposer à titre onéreux et d'hypothéquer ses biens.

enfans qu'elle a de son mari, ce qui lui est formellement permis par l'art. 1555, mais encore lorsqu'elle a disposé au profit de tout autre. L'inaliénabilité du fonds dotal pendant le mariage, proclamée en principe par l'art. 1554, ne fait aucun obstacle à cette décision; car s'interdire de disposer à titre gratuit n'est pas aliéner dans le sens de la loi qui prohibe l'aliénation des biens dotaux; au contraire, c'est rentrer dans les vues du législateur (1); et l'autorisation dont la femme a été pourvue en faisant l'acte, le rend inattaquable.

725. Le délai pour attaquer une institution contractuelle faite par un incapable, par exemple par un mineur ou une femme mariée non autorisée, est celui qui est fixé par l'art. 1304, c'est-à-dire de dix ans; et ce délai ne court pas seulement à partir de la mort de l'instituant, mais à partir de la majorité, si c'est un mineur, et à partir de la dissolution du mariage, si c'est une femme mariée.

Un arrêt de la Cour de cassation, section des requêtes, du 30 avril 1814 (2), a jugé qu'une institution contractuelle faite par un mineur était nulle, mais que les héritiers de l'instituant étaient non recevables à l'attaquer dès qu'il avait gardé le silence pendant dix ans à compter de sa majorité. A la vérité, l'institution contractuelle avait été faite en 1764,

---

(1) *Sic* jugé en cassation, le 1er décembre 1824. Sirey, 25-1-135.

(2) Rapporté par M. Merlin, tom. XVI de son *Répertoire*, au mot *institution contractuelle*, §4, n° 2.

l'instituant était décédé en 1807, et l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, de Villers-Coterets, voulait que le délai de dix ans donné aux mineurs pour attaquer leurs actes, à partir de leur majorité, courût *tant en défendant qu'en demandant;* et M. Merlin dit qu'on n'aurait pu juger de même sous le Code civil, attendu, suivant lui, que l'art. 1304, bien différent en cela de l'art. 134 de l'ordonnance de 1539, ne limite à dix ans après la majorité que l'action en nullité ou en rescision des actes faits en minorité, et par conséquent qu'il ne déroge plus, au préjudice des ci-devant mineurs, à la règle générale *quæ temporaria sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*, dont M. Merlin développe l'effet, ainsi qu'il l'entend, dans le XVIIe volume de son *Répertoire*, au mot *prescription*, section II, § 25.

Mais où M. Merlin a-t-il vu dans le Code cette prétendue règle générale? M. Grenier (1) ne l'y a pas vue, pas plus que nous; il pense, au contraire, qu'il n'y a aucune différence entre la disposition de l'art. 1304 et celle de l'art. 134 de l'ordonnance de 1539. Nous sommes parfaitement de cet avis, mais ce n'est pas le moment de discuter ce point important, cela nous conduirait trop loin. Nous le ferons en son lieu.

---

(1) Tom. II, n° 431 *bis*.

SECTION III.

De la donation faite cumulativement des biens présens et à venir, en tout ou partie.

SOMMAIRE.

726. Suivant l'art. 1084, « la donation par con-
« trat de mariage peut être faite cumulativement des
« biens présens et à venir, en tout ou en partie, à
« la charge qu'il sera annexé à l'acte un état des
« dettes et charges du donateur existantes au jour
« de la donation : auquel cas il sera libre au dona-
« taire, lors du décès du donateur, de s'en tenir aux
« biens présens, en renonçant au surplus des biens
« du donateur. »

Ce droit d'option est tout-à-fait étranger au donataire par institution contractuelle pure : ce dernier ne peut diviser la donation, pas plus qu'un héritier légitime ne pourrait prendre seulement les biens qu'avait son auteur à telle époque, pour ne payer que les dettes qu'il avait à cette époque. Sous ce rapport, la succession est un tout indivisible activement et passivement.

Dans le cas même de l'art. 1084, le donataire ne pourrait réclamer les biens à venir en payant les dettes futures, et renoncer aux biens présens pour se dispenser de payer les dettes existantes lors de la

donation : l'option ne lui est accordée que pour les biens présens.

727. Au surplus, pour connaître exactement les effets de cette donation de biens présens et à venir faite cumulativement, il est nécessaire de ne pas séparer la disposition de l'art. 1085 de celle de l'art. 1084.

« Si l'état, dit-il, dont est mention au précédent « article, n'a point été annexé à l'acte contenant do- « nation des biens présens et à venir, le donataire « sera obligé d'accepter ou de répudier cette do- « nation pour le tout : en cas d'acceptation, il ne « pourra réclamer que les biens qui se trouveront « existans au jour du décès du donateur, et il sera « soumis au paiement de toutes les dettes et charges « de la succession. »

728. Cet état est une innovation du Code : l'ordonnance de 1731 ne le prescrivait point, et le donataire de biens présens et à venir cumulativement n'en avait pas moins, comme aujourd'hui lorsque l'état a été annexé, le droit de diviser la disposition : de s'en tenir aux biens présens en payant les dettes et charges existantes lors de la donation, et de répudier les biens à venir pour se dispenser de payer les dettes et charges postérieures au contrat. Mais Roussau de Lacombe, dans son commentaire sur l'ordonnance (art. 17), avait fait sentir l'utilité qu'il y aurait eu d'exiger un état pour établir clairement la séparation des dettes existantes

au jour de la donation, de celles créées depuis, afin que le donateur ne pût altérer les effets de la disposition quant aux biens présens. Il avait aussi témoigné le regret que l'on eût pareillement omis l'état estimatif du mobilier compris dans la donation des biens présens.

Les rédacteurs du Code ont recueilli en partie cette observation judicieuse, et leur ouvrage contient sous ce rapport une véritable amélioration; mais il serait bien à désirer qu'ils n'eussent pas laissé dans l'incertitude quelques points cependant fort importans. Nous espérons toutefois, à l'aide de la doctrine et du raisonnement, expliquer ces difficultés.

729. Un autre changement notable introduit par le Code, c'est que, d'après l'ordonnance (article 17), la donation de biens présens et à venir cumulativement pouvait être faite, non seulement au profit des époux ou de l'un d'eux et des enfans du mariage, en cas de prédécès du donataire, mais encore en faveur des enfans et descendans issus du mariage seuls; tandis que, d'après le Code, elle ne peut être faite au profit de ces enfans et descendans que subsidiairement, au cas du prédécès de leurs pères ou mères donataires. L'article 1084 se réfère à l'art. 1082, et nous avons démontré, en expliquant cet article, que la donation ne peut être faite au profit seulement des enfans du mariage, en franchissant les époux. On

ne peut donner à des individus qui ne sont pas encore conçus, qu'en faveur du mariage, et seulement en vertu d'une disposition spéciale de la loi; or, la loi ne permet de donner aux enfans du mariage, et elle ne les appelle elle-même à la diposition, qu'au cas du prédécès de l'époux donataire : donc elle suppose nécessairement que l'époux est donataire au premier degré. Ce ne peut être que par l'effet d'une substitution vulgaire que les enfans du mariage recueillent les biens dans ce cas, comme dans celui de l'institution contractuelle pure; donc il faut un premier donataire.

730. Nous ferons remarquer, ainsi que nous l'avons fait à la section précédente sur l'art. 1082, que, par ces mots *pourra être faite cumulativement des biens présens et à venir, en tout* OU PARTIE, l'art. 1084 ne peut vouloir parler, *par partie*, que d'une donation à titre universel pour les biens présens comme pour les biens à venir, et non d'une donation d'objets déterminés ou corps certains, ou de sommes; car ces objets ou ces sommes constitueraient une donation entre-vifs de biens présens pure, dont les effets seraient régis par l'art. 1081. Elle ne soumettrait point par conséquent par elle-même, et en l'absence de toute convention, le donataire à l'obligation de payer les dettes du donateur pour aucune portion quelconque, même quant aux dettes alors existantes. Et il en serait ainsi, encore que cette donation fût faite par la même clause ou proposition

avec le don de tous les biens à venir, ou d'une quotité de ces biens. Par exemple : *Je donne à Philippe, mon neveu, en faveur du futur mariage, ma terre de Picardie et la moitié des biens que je laisserai à mon décès;* sans autre explication, ni état de mes dettes et charges. Dans ce cas, le donataire reçoit la terre de Picardie comme biens présens, sans aucune charge, puisque je ne lui en ai point imposé. En un mot, la clause ne contient pas une donation faite cumulativement des biens présens et à venir pour partie dans le sens de l'art. 1084; elle contient deux donations distinctes : l'une entre-vifs, de biens présens, pure, régie par l'art. 1081; l'autre de biens à venir, régie par les articles 1082, 1083 et 1086. En sorte que, nonobstant l'omission de l'état de mes dettes et charges existantes au jour du contrat, la donation qui a pour objet la terre de Picardie ne deviendrait point caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité : l'art. 1089 serait inapplicable à cette donation; il ne le serait que pour les biens à venir. Seulement j'aurais pu stipuler le retour de cette terre pour le cas du prédécès du donataire, ou du donataire et de sa postérité, conformément à l'art. 951 ; mais alors c'eût été un retour et non une caducité : nous verrons bientôt la différence.

D'après cela, si je ne me suis pas réservé l'usufruit, le donataire, sans le moindre doute, peut demander de suite sa mise en jouissance de ladite terre.

De même, la donation d'une somme, unie à la

donation d'une quotité des biens à venir, serait pareillement une donation entre-vifs de biens présens, quoique cette somme dût être payée seulement au décès du donateur; car ce ne serait là qu'un terme pris pour l'exécution, ce qui n'empêcherait pas par conséquent que le don de cette somme ne fût une véritable donation entre-vifs de biens présens, ainsi que nous l'avons dit plusieurs fois (1).

L'on entend donc par donation faite cumulativement de *partie* des biens présens et à venir, une donation à titre universel des biens présens comme des biens à venir : telle que la moitié, le tiers, ou tous les immeubles, ou tous les biens meubles ou une quote-part des uns ou des autres, en un mot, ce qui constituerait un legs à titre universel dans les termes de l'art. 1010, et soumettrait le légataire à la contribution aux dettes (art. 1012). Si le légataire à titre particulier et en même temps légataire à titre universel ne contribue pas aux dettes pour

(1) Notamment au tome précédent, nos 457 et 458.

La Cour suprême a jugé, par arrêt de cassation, que le don d'une somme payable après le décès du donateur, sans intérêts jusqu'alors, était donation entre-vifs de biens présens. A la vérité, il y avait stipulation du droit de retour au cas du prédécès du donataire, et constitution d'hypothèque; mais ces circonstances ne faisaient réellement rien à la question. Arrêt du 17 avril 1828, réformant une décision du tribunal d'Aix. Sirey, 26-1-346.

Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Rouen, du 9 novembre 1825 (Sirey, 26-2-244), qui a même regardé comme donation entre-vifs de biens présens, le don d'une somme *à prendre* sur tous les biens que le donateur laisserait à son décès, avec affectation des immeubles à la garantie de cette somme, dont il se *dessaisissait* par la donation.

son legs particulier, on ne voit pas pourquoi le donataire d'objets spéciaux serait tenu des dettes par rapport à ces objets, quand l'état des dettes et charges n'est évidemment exigé que pour déterminer quelles sont celles dont il doit être tenu à raison des biens présens, d'après la règle *bona non intelliguntur, nisi œre alieno deducto*. L'obligation de payer les dettes, encore une fois, suppose une donation à titre universel.

731. Cela posé, voyons séparément les deux cas : celui ou l'état des dettes et charges a été annexé à l'acte de donation, et celui où il n'y a pas eu d'état.

Dans ce dernier, la donation doit être considérée comme une institution contractuelle pure : l'article 1085 le veut évidemment ainsi, puisqu'il décide que le donataire sera obligé d'accepter ou de répudier cette donation pour le tout; qu'en cas d'acceptation il ne pourra *réclamer* que les biens qui se trouveront exister au jour du décès du donateur, et qu'il sera soumis au paiement de toutes les dettes et charges de la succession. Il *réclame* donc les biens, et il réclame les uns et les autres, puisque l'on ne distingue pas, que l'on écarte au contraire toute distinction dans ce cas. Et à quelle époque les réclame-t-il? c'est lors de l'ouverture de la succession, lors du décès, comme le dit l'article 1084, dont le suivant n'est qu'un développement. S'il en est ainsi, c'est donc parce que l'on suppose que le donateur n'a pas été dessaisi sur le

champ, même des biens présens, car il n'eût pu les aliéner au préjudice de la donation; or, il l'a pu, puisque le donataire, s'il accepte, est obligé de prendre les biens dans l'état où ils se trouvent. C'est d'ailleurs l'opinion commune des interprètes du Code qui, en cela, a dérogé visiblement à l'article 17 de l'ordonnance de 1731, et c'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt fort bien motivé, en date du 17 mai 1815 (1).

Mais précisément, comme les parties font une institution contractuelle par la donation de biens présens et à venir cumulativement, lorsque l'état des dettes et charges du donateur alors existantes n'est point annexé à l'acte, il faut entendre ces mots de l'art. 1085, « en cas d'acceptation, il (le donataire) ne pourra réclamer que les biens *qui se* « *trouveront existans au décès du donateur*, » en ce sens qu'il ne pourra critiquer les aliénations à titre onéreux, ni les constitutions d'hypothèques consenties à raison d'actes passés au même titre, lorsque ces aliénations et ces constitutions d'hypothèques n'auront pas été faites en fraude de la donation. Du reste, cela ne veut pas dire le moins du monde que le donateur a pu disposer à titre gratuit (autrement que pour sommes modiques) des biens présens et même des biens à venir compris dans l'institution, puisqu'il ne l'eût pu lors

(1) Sirey, 1815-1-349.

même qu'il n'eût donné simplement que des biens à venir. (Art. 1083.)

Dans le cas dont il s'agit, il n'y a donc pas le moindre doute que, quoique le donateur ne se fût pas réservé la jouissance des biens, elle ne lui demeurât de plein droit, par la nature même de la disposition; en sorte que, dans ce cas du moins, il est certain que la régie des domaines ne peut réclamer les droits de mutation de propriété dès le contrat, même pour les seuls biens présens. Le droit du donataire est aussi éventuel quant à ces biens, que dans le cas d'une institution contractuelle pure (1).

Ainsi s'appliquerait sans difficulté à ce cas l'article 1089, touchant la caducité de la disposition par le prédécès du donataire et de sa postérité. Il ne peut pas s'élever la moindre controverse à ce sujet, comme il s'en est élevé à l'égard des biens présens lorsque l'état des dettes et charges a été annexé à l'acte de donation. Mais nous allons discuter ce point délicat.

Enfin, et toujours dans la même hypothèse, les enfans et descendans du mariage, dans le cas où le donataire serait mort avant le donateur, auraient seuls droit aux biens présens, et non ceux d'un autre mariage; car le donataire n'en a pas eu la propriété. Il a bien été saisi, sans doute, du droit éventuel et irrévocable de les recueillir à la mort

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 1815, précité.

du donateur, comme les biens à venir, mais il n'a eu pour les biens présens qu'un droit de même nature que pour ceux de cette dernière sorte, par dérogation à l'ordonnance de 1731. Dans ce cas tout était bien à venir, par conséquent, étant mort avant le donateur, il n'a rien transmis à cet égard à ses héritiers.

732. Mais il faut se garder de confondre avec la donation faite cumulativement des biens présens et à venir, la donation de biens présens uniquement, quoique faite à titre universel, et même par contrat de mariage. Car cette dernière est régie par l'art. 1081 et elle ne deviendrait point caduque par le prédécès du donataire et de sa postérité. Le donataire serait sans doute tenu de contribuer au paiement des dettes du donateur alors existantes, parce qu'il n'y a de biens que dettes déduites (1), mais la donation ne prendrait pas le caractère de disposition à cause de mort par cela seul que l'état des dettes et charges du donateur n'aurait pas été annexé à l'acte ; elle resterait toujours ce qu'elle est, donation entre-vifs. Le donataire deviendrait propriétaire de la quotité de biens à lui donnés, par le seul fait du contrat, et si le donateur ne s'en était pas réservé la jouissance, le premier serait en droit d'en demander aussitôt la délivrance en payant sa portion de dettes.

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 471 et suivans, 481 et suivans, et *suprà*, n° 668, 718 et 730.

733. Au surplus, dans le cas même d'une donation faite cumulativement des biens présens et à venir, en tout ou partie, et lorsque l'état des dettes et charges alors existantes n'a point été annexé, la donation n'est pas nulle quant au mobilier parce que l'état de ce mobilier n'aurait pas non plus été annexé à la minute de la donation : les héritiers du donateur ne pourraient sous ce prétexte se refuser à le délivrer, car le Code ne prescrit pas cet état dans ce cas. Il ne le prescrit pas en matière d'institution contractuelle, et la donation dont il s'agit, faute de l'état des dettes, ne vaut que comme institution contractuelle. Il ne le prescrit même pas dans les donations de biens présens et à venir faites cumulativement avec cet état, bien mieux, selon nous et selon d'autres interprètes (quoique cela soit plus douteux), il n'a pas entendu l'exiger non plus (dans aucune donation à titre universel (1).

734. Quand on s'est conformé à la disposition de l'art. 1084, c'est-à-dire lorsque l'on a joint à l'acte un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation, il y a réellement de graves difficultés sur le point de savoir quels sont les effets de cette donation quant aux biens présens; car, pour les biens à venir, il est clair qu'ils sont régis par les principes de l'institution contractuelle.

---

(1) Il convient, à cet égard, de se reporter à ce qui a été dit au tome précédent, chap. IV, sect. 1re, § 3.

735. Ainsi, 1° le donataire est-il propriétaire à l'instant même des biens présens ?

2° A-t-il le droit d'en demander sur-le-champ la délivrance, si le donateur ne s'en est pas réservé l'usufruit ?

3° Doit-il de suite les droits de mutation de propriété quant à ces biens ?

4° Dans le cas de son prédécès, ces mêmes biens ne peuvent-ils appartenir qu'aux enfans nés du mariage en faveur duquel la donation a eu lieu, ou si, au contraire, tous ses enfans indistinctement y ont droit ?

5° Et dans ce cas, les enfans du mariage qui survivent au donateur ne peuvent-ils avoir les biens présens qu'en qualité d'héritiers de leur père, ou s'ils peuvent, comme en matière d'institution contractuelle, et comme pour les biens à venir compris dans la donation dont il s'agit, les recueillir *jure suo* ?

Enfin, 6° dans le cas du prédécès du donataire et de celui des descendans issus du mariage, ces mêmes biens présens appartiennent-ils à ses héritiers quelconques, ou si la donation est caduque pour ces biens comme pour les biens à venir ?

736. Telles sont les questions que l'on peut se faire sur cet art. 1084. Elles présentent d'assez graves difficultés, et cela se concevra facilement si l'on songe que cet article a été tiré de l'article 17 de l'ordonnance de 1731, sur l'interprétation duquel

les commentateurs de l'ordonnance eux-mêmes n'ont pas été d'accord, et qu'il a laissé subsister les mêmes incertitudes. Rappelons-nous en effet que sous l'ordonnance le donataire avait le droit de diviser la donation, soit qu'il y eût ou non un état des dettes et charges du donateur existantes au jour de l'acte, comme il a ce droit d'après notre art. 1084 lorsque cet état a été annexé à la minute de la donation.

Suivant Furgole (1), la donation de biens présens et à venir différerait beaucoup de l'institution contractuelle ; tandis que suivant Ricard (2), *ces deux dispositions ne diffèrent guère que de nom, en sorte qu'elles doivent être sujettes aux mêmes règles.* Elle en différerait, selon Furgole, en ce que le donataire devient propriétaire sur-le-champ des biens présens, et que la donation doit être exécutée de suite quant à ces biens, si le donateur ne s'en est pas réservé l'usufruit. En sorte que tous les enfans du donataire, lors de sa mort, y ont droit, mais comme ses héritiers et en acceptant sa succession. Aussi, suivant le même auteur, le prédécès du donataire et de sa postérité ne rendrait pas caduque la donation pour les biens présens, mais seulement pour les biens à venir.

Lebrun (3) a écrit dans le même sens : il dis-

---

(1) *Observations* sur l'art. 17 de l'ordonnance de 1731.

(2) *Des donations*, part. 1re, n° 1063.

(3) *Des successions*, liv. III, chap. 2, n° 37.

tinguait de l'institution contractuelle, la donation de biens présens et à venir faite cumulativement. Il n'admettait pas que l'institué, mourant avant l'instituant, eût pu disposer des biens compris dans l'institution, en les comprenant dans le legs universel ou à titre universel des siens ; ces biens devaient appartenir aux enfans du mariage, par égales portions ; et s'il n'y avait pas d'enfans ou de descendans, l'institution alors devenait caduque (1). Au contraire, le donataire de biens présens et à venir, mourant ou non avant le donateur, pouvait, suivant Lebrun, disposer des biens présens comme il l'entendait, parce qu'il en avait été saisi dès le principe, qu'il en était devenu propriétaire par le fait seul de la donation, *puisqu'on lui permet de diviser.* En sorte qu'il résulterait évidemment de la doctrine de cet auteur (quoiqu'il ne s'en soit toutefois pas formellement expliqué), que le prédécès du donataire et de tous les enfans et descendans issus du mariage, ne rendrait pas la donation caduque pour les biens présens ; que le donataire pourrait demander de suite la délivrance de ces mêmes biens, si le donateur ne s'en était pas réservé l'usufruit ; enfin que, en cas de mort du donataire avant même le décès du donateur, les enfans du mariage ne pourraient avoir de droit aux biens présens qu'en qualité d'héritiers de leur père, et que tous les enfans indistinctement, ceux nés

(1) Et cela est également certain aujourd'hui, suivant ce que nous avons démontré à la section précédente.

d'un autre lit comme ceux du mariage, y auraient des droits égaux.

M. Grenier (1), agitant la question de savoir si, dans le cas du prédécès du donataire, les enfans du mariage doivent être héritiers de leur père pour avoir droit aux biens présens compris dans la donation, nous apprend que, dans la première édition de son ouvrage, il avait adopté la doctrine de Furgole et de Lebrun, sur les effets de la donation dont il s'agit (2), excepté toutefois en ce qui concerne la caducité prononcée indistinctement, selon lui et selon nous, par l'art. 1089, pour les biens présens comme pour les biens à venir, dans le cas du prédécès du donataire et de sa postérité. Mais il a abandonné cette doctrine, et s'est attaché à celle de Chabrol (3), qui, ayant examiné cette question de caducité, l'a résolue, dit M. Grenier, avec une grande sagacité par l'affirmative, pour les biens présens comme pour les biens à venir, ne faisant à cet égard aucune distinction entre cette donation et l'institution contractuelle : d'où M. Grenier infère que le donataire *n'était pas plus saisi de ces biens* que des biens à venir, par le fait seul de la donation; qu'ils n'ont point fait impression sur sa tête, et par conséquent (seule question qu'il discute en cet endroit) que les enfans du mariage

---

(1) Tom. II, n° 434.

(2) Dans la supposition, bien entendu, où, sous le Code, l'état des dettes et charges a été annexé à l'acte de donation.

(3) *Commentaire sur la coutume d'Auvergne*, tom. II, pag. 369.

peuvent les recueillir *jure suo*, s'ils vivent encore au décès du donateur, sans être obligés pour cela d'être héritiers, même bénéficiaires, de leur père.

Les autres conséquences qui découleraient naturellement du principe que le donataire n'est pas saisi sur-le-champ de la propriété des biens présens, pas plus que de celle des biens à venir, seraient que le donateur n'aurait pas besoin de s'en réserver l'usufruit pour continuer d'en jouir jusqu'à sa mort ; que, dans le cas du prédécès du donataire, les enfans ou descendans du mariage qui vivraient à la mort du donateur auraient seuls droit aux biens présens comme aux biens à venir, à l'exclusion des enfans d'un autre lit ; en un mot, que la donation se régirait comme l'institution contractuelle, excepté que le donateur n'aurait pu disposer des biens présens, même à titre onéreux, ni les hypothéquer, à moins encore que le donataire ou les enfans du mariage, en cas de son prédécès, ne renonçassent à la division ; auquel cas toute la donation n'étant alors considérée que comme institution contractuelle pure, les actes de disposition à titre gratuit seraient seuls sans effets par rapport aux donataires, si ce n'étaient toutefois ceux pour sommes modiques, le tout conformément à l'art. 1083.

M. Toullier professe cette doctrine, sans s'expliquer néanmoins, non plus que M. Grenier, sur tous les effets que nous venons de développer; mais il admet la caducité de l'art. 1089, au cas du prédécès du donataire et de sa postérité, pour toute la do-

nation, pour les biens présens comme pour les biens à venir; et il entend comme nous (1) le mot *postérité*, employé dans cet article, par *postérité issue du mariage*. C'est en effet son véritable sens : l'art. 1089 se réfère à l'art. 1082, et l'art. 1084 se réfère aussi à ce dernier; or, dans celui-ci, il n'est question que des enfans et descendans issus du mariage, et nous avons démontré qu'on ne pourrait même pas en comprendre d'autres dans une institution contractuelle, ni directement ni indirectement.

Et comme M. Toullier ne voit dans l'art. 1089 qu'une *caducité*, et non une espèce de *retour légal* des biens présens ayant quelque rapport avec celui de l'art. 747, ainsi que M. Maleville semble l'y avoir vu, et que M. Grenier paraissait l'y voir aussi dans l'opinion qu'il avait embrassée d'abord, il faudrait que M. Toullier, pour être conséquent, décidât de même que le donataire n'est pas propriétaire sur-le-champ des biens présens, et dès lors que le donateur n'a pas besoin de s'en réserver l'usufruit pour en jouir jusqu'à sa mort, point sur lequel nous ne nous sommes pas aperçu qu'il se fût expliqué.

M. Delvincourt, au contraire, s'attachant au système de Lebrun et de Furgole, voit deux donations distinctes dans la donation de biens présens et à venir, lorsque la condition exigée par le Code a été remplie, c'est-à-dire lorsque l'état des

---

(1) *Voy. suprà*, n° 722.

dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation a été annexé à l'acte. En sorte que, conséquent dans son opinion, l'art. 1089 n'est applicable, dans la caducité qu'il prononce, qu'aux biens à venir seulement, et non aux biens présens, parce que le donataire en est devenu propriétaire purement et simplement par le fait seul de l'acceptation de la donation, et que la *caducité* ne peut venir frapper qu'un droit qui n'est pas encore acquis, que tous les enfans quelconques du donataire, et même ses collatéraux à défaut d'enfans, recueillent les biens présens, et ne peuvent les recueillir que comme ses héritiers, soit qu'il fût mort avant le donateur, soit qu'il lui eût survécu, etc.

On ne peut disconvenir que cette théorie ne soit bien plus rationnelle que la précédente; car une donation de biens présens et à venir devrait, quant aux biens présens, produire les mêmes effets qu'une donation ordinaire faite à ce titre. La circonstance qu'elle a lieu dans un contrat de mariage n'en devrait pas diminuer les effets, loin de là; et cependant, dans le premier système, ces effets ne sont pas aussi étendus que ceux d'une donation entre-vifs ordinaire de biens présens, tant s'en faut. Une donation de biens présens seulement, sans mélange de biens à venir, produirait incontestablement, comme nous l'avons dit plus haut, tous les effets généraux d'une donation faite à ce titre, quoiqu'elle eût été faite d'une quotité des biens du donateur, comme la moitié, et quoiqu'elle eût été portée dans

un contrat de mariage : l'art. 1081 ne permettrait pas le moindre doute à cet égard. Pourquoi donc en est-il autrement quand la donation est faite cumulativement des biens présens et à venir, lorsque surtout l'on accorde au donataire le droit de diviser la disposition? Il serait difficile d'en rendre d'autre raison que la supposition d'intention du donateur qui, en donnant ainsi ses biens futurs comme ses biens actuels, n'a peut-être eu en vue que son hérédité, tout en voulant toutefois, en donnant aussi expressément ses biens présens, en assurer la propriété au donataire pour le temps de sa mort de lui donateur, s'interdisant par là le droit d'en disposer même à titre onéreux. Car les termes de l'article 1089, quelque généraux qu'ils soient, ne suffiraient peut-être pas pour établir cette caducité absolue, puisqu'on pourrait les entendre, en ce qui concerne la donation des biens présens et à venir, des cas seulement où l'état des dettes et charges n'aurait pas été annexé à l'acte de donation; l'on pourrait dire que s'il ne fait pas la distinction entre ce cas et celui où l'état a été annexé à l'acte, d'un autre côté il ne la proscrit pas, du moins dans ses termes. Il est même des cas où, nonobstant la généralité de ses expressions, qui embrassent les donations de l'art. 1086 comme celles des art. 1082 et 1084, il faudrait cependant bien mettre des restrictions à la caducité, sous peine de tomber dans les plus grandes injustices, et de méconnaître les principes les plus élémentaires de

la matière. Ainsi par exemple si, dans une donation entre-vifs de biens présens, le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation, cas formellement prévu à l'article 1086, oserait-on soutenir que le prédécès du donataire et des descendans issus du mariage rend caduque la donation non seulement quant à cet objet, mais encore quant aux autres biens non affectés d'aucune charge qui leur imprimât les caractères de la disposition à cause de mort? Mais une semblable décision serait absurde au dernier point, et cependant l'art. 1089 dit, sans aucune distinction, que *les donations* faites à l'un des époux, dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086 ci-dessus, deviendront caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité. Et puis, ne peut-on reprocher à cet article que son trop de brièveté? Ne peut-on pas lui reprocher aussi d'avoir parlé de *postérité* d'une manière générale, quand il se réfère à des articles qui ne parlent que des enfans et descendans issus du mariage? Et pourquoi, en outre, suppose-t-il seulement que les donations dont il s'agit ont été faites à *l'un des époux*, quand elles ont pu avoir lieu au profit des *deux époux* (art. 1082 et 1086)? Nous ne pousserons pas plus loin ces objections et ces doutes; nous embrassons, mais à regret, l'opinion la plus généralement adoptée par les interprètes du Code civil, que la caducité, dans le cas prévu à cet art. 1089, frappe en effet sur les biens présens comme sur les biens à

venir ; que le donataire, quoiqu'il soit irrévocablement saisi du droit, ne devient néanmoins pas propriétaire sur-le-champ des biens présens, nonobstant l'annexe de l'état des dettes et charges ; que le donateur, par conséquent, n'a pas besoin de se réserver l'usufruit pour continuer de jouir de ces biens jusqu'à sa mort, qu'il faudrait au contraire une stipulation pour que le donataire eût lui-même la jouissance, et que la régie ne peut exiger dès à présent le droit de mutation de propriété, puisqu'il n'y en a encore point d'opérée définitivement. Car il faut en effet remarquer que les biens *ne retournent* pas au donateur, comme dans le cas de l'article 951, ni même comme dans celui de l'art. 747 ; ils ne sont pas sortis de sa main : la donation est *caduque* et voilà tout, ce qui est bien différent d'un droit de retour, ou d'un droit successoral.

Nous ne pouvons en effet résister au texte trop impérieux de cet art. 1089, qui se réfère, non pas à l'art. 1085, mais bien à l'art. 1084, lequel statue précisément sur la donation de biens présens et à venir à laquelle a été annexé l'état des dettes et charges du donateur existantes au jour de la donation. Et si c'eût été seulement pour le cas contraire que les rédacteurs du Code eussent voulu établir la caducité, il fallait référer l'art. 1089 à l'art. 1085, et ne parler de l'art. 1084 que dans son rapprochement avec ce dernier. Mais il faut avouer, au contraire, que l'on s'est déterminé par l'état de la jurisprudence la plus généralement suivie dans les derniers

temps; or, elle s'etait prononcée dans le sens de l'interprétation de Chabrol. L'art. 1084 lui-même semble d'ailleurs réclamer cette solution en disant : « auquel cas, il sera libre au donataire, *lors du dé-* « *cès du donateur*, de s'en tenir aux biens présens, « en renonçant au surplus des biens du donateur. » Ainsi, c'est lors du décès du donateur que le donataire fait son option, qu'il s'en tient aux biens présens; *il s'en tient* à ces biens, non pas qu'il les ait déjà en sa possession, et qu'il en ait eu la propriété dès le contrat : il se tient à ces biens, en tant qu'il conserve le droit qu'il avait sur eux par le fait seul de la donation, et qui consistait en ce que le donateur ne pouvait en disposer même à titre onéreux. Mais s'il eût été propriétaire de ces biens par le fait seul de la donation, il suffisait de dire qu'il pourrait, lors du décès du donateur, prendre ou laisser les biens à venir, à la charge de payer les dettes postérieures à la donation.

Cette interprétation est encore confirmée par un avis du Conseil d'état, du 19 décembre 1809, approuvé le 22 du même mois(1), et duquel il résulte clairement que le donateur ne se dépouille pas de la propriété des biens présens, par le seul fait du contrat de donation, et en conséquence qu'il n'a pas besoin de s'en réserver l'usufruit pour continuer

---

(1) Que l'on a fait valoir dans la cause jugée entre le donataire et la régie, par l'arrêt du 17 mai 1815 (Sirey, 1815-1-349) dont il a été parlé plus haut.

d'en jouir. Cet avis (1) porte que, « pour les do-
« nations des biens présens et à venir, faites par
« contrat de mariage, soit qu'elles soient faites cu-
« mulativement ou par des dispositions séparées,
« le droit proportionnel est dû pour les biens pré-
« sens, *toutes les fois qu'il est stipulé que le dona-
« taire entrera de suite en jouissance;* » donc, dans la pensée du Conseil d'état, il est besoin que le donataire stipule la jouissance pour pouvoir jouir de suite des biens présens; donc il n'en est pas propriétaire par le fait seul de la donation, autrement ce serait au donateur à se réserver l'usufruit par une stipulation pour conserver la jouissance de ces mêmes biens. C'est en effet à ces idées que nous nous arrêtons définitivement, après avoir toutefois flotté long-temps entre l'une et l'autre interprétation, à cause des conséquences de l'une et de l'autre, dont plusieurs nous répugnaient fortement.

737. Au reste, la transcription pour les immeubles compris dans les biens présens est requise; comme c'est un acte conservatoire, et que la loi la prescrit pour avertir les tiers, elle doit avoir lieu; et à cet égard il convient de se reporter à ce qui a été dit au tome précédent, n° 507.

---

(1) A la vérité, il ne s'explique pas d'une manière spéciale sur le cas où l'état des dettes et charges du donateur a été annexé à l'acte de donation, mais tout porte à penser qu'il a entendu aussi disposer sur ce cas, puisqu'il ne distingue pas, et que c'est d'ailleurs le cas le plus commun.

SECTION IV.

Des donations qui tiennent, sous plusieurs rapports, de la nature des dispositions à cause de mort.

SOMMAIRE.

738. *Les donations mentionnées à l'art.* 1086 *du Code sont des modifications des précédentes, plutôt que des espèces particulières.*
739. *Texte de cet article.*
740. *Modifications dont peut être affectée la donation entre-vifs de biens présens faite aux époux ou à l'un d'eux et en faveur du mariage.*
741. *Effets de ces modifications.*
742. *De quelle manière peuvent être modifiés les effets ordinaires des donations de biens présens et à venir, ou institutions contractuelles ; et effets de ces modifications.*
743. *Comment on peut aussi modifier les effets des donations faites cumulativement des biens présens et à venir.*

738. Il nous reste à parler, à l'égard des donations faites aux époux, ainsi qu'aux descendans à naître du mariage, des diverses dispositions qui participent, sous plusieurs rapports, de la nature des dispositions à cause de mort, mais qui, en réalité, modifient plutôt les effets des trois espèces de donations dont il vient d'être traité, qu'elles n'en constituent de particulières et de distinctes.

739. C'est l'article 1086, ainsi conçu, qui statue sur ces dispositions :

« La donation par contrat de mariage en faveur
« des époux et des enfans à naître du mariage,

« pourra encore être faite à condition de payer in-
« distinctement toutes les dettes et charges de la
« succession du donateur, ou sous d'autres condi-
« tions dont l'exécution dépendrait de sa volonté,
« par quelque personne que la donation soit faite :
« le donataire sera tenu d'accomplir ces conditions,
« s'il n'aime mieux renoncer à la donation ; et en
« cas que le donateur par contrat de mariage se
« soit réservé la liberté de disposer d'un effet com-
« pris dans la donation des ses biens présens, ou
« d'une somme fixe à prendre sur ces mêmes biens,
« l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir dis-
« posé, seront censés compris dans la donation,
« et appartiendront au donataire où à ses héri-
« tiers. »

740. Voyons successivement et rapidement en quoi chacune des trois espèces des donations traitées ci-dessus peut être modifiée dans ses effets par les dispositions prévues à cet article, et qui rendent inapplicable à ces donations la maxime *donner et retenir ne vaut.*

Quant à la donation entre-vifs de biens présens, par contrat de mariage, dans les termes de l'article 1081, elle peut être modifiée principalement de trois manières :

1° Ou parce que le donateur se serait réservé la liberté de disposer d'un objet *compris* dans la donation, ou d'une somme à prendre sur les biens donnés, ce qu'il a pu faire d'après les art. 946,

947 et 1086, dernière disposition, analysés et combinés;

2° Ou parce qu'il a chargé le donataire de payer d'autres dettes ou charges que celles qui existaient au jour de la donation, ou qui auraient été exprimées dans un état annexé à l'acte; ce qu'il a pu faire pareillement en vertu des art. 945, 947 et 1086 combinés;

Ou 3° enfin parce qu'il a fait la donation sous des conditions dépendantes de sa volonté (art. 944, 947 et 1086).

741. Dans le premier cas, si le donateur ne dispose pas de l'objet compris dans la donation, ou de la somme à prendre sur les biens donnés, cet objet ou cette somme appartient au donataire ou à ses héritiers (1086).

Mais sur ce point deux observations :

La première, c'est que si le donateur s'était réservé l'objet, au lieu de se réserver simplement la faculté d'en disposer, alors cet objet ne serait point compris dans la donation, et il resterait à ses héritiers, lors même qu'il n'en aurait pas disposé. Par exemple, s'il avait dit : *Je donne ma terre de Picardie y compris la forêt, mais j'en excepte* ou *je m'en réserve la coupe*, cette coupe ne serait point comprise dans la donation; tandis qu'elle serait censée l'être s'il eût dit simplement : *mais je me réserve le droit de disposer de la coupe.*

Et second lieu, comme l'objet dont le donateur

s'est réservé la faculté de disposer est affecté du caractère de disposition à cause de mort, en ce que le donataire n'est réellement pas propriétaire de cet objet, il s'ensuit que le prédécès dudit donataire et des enfans et descendans du mariage rendra caduque la donation en ce qui concerne ce même objet, conformément à l'art. 1089, mais non pas quant aux autres biens, qui n'ont point été affectés de ce caractère, et qui sont au contraire restés avec celui de la donation entre-vifs pure de biens présens, régie en conséquence par les règles générales des donations faites à ce titre (1081).

Sur les seconde et troisième modifications que peut subir la donation entre-vifs de biens présens, il faut décider que le donataire doit payer les dettes et acquitter les charges qui lui ont été imposées, et exécuter les conditions mises par le donateur, à peine de révocation de la donation.

Et comme la donation affectée de ces charges et conditions participe véritablement de la nature des dispositions à cause de mort, que *le donateur y donne et retient*, elle est sujette à la caducité prononcée par l'art. 1089.

Mais, ainsi que nous l'avons dit à la section première de ce chapitre, ces modifications ne peuvent être utilement apposées aux donations entre-vifs de biens présens, qu'autant que ces donations sont faites par le contrat de mariage, ou par un acte qui s'identifie avec ce contrat, au moyen de l'observation des formalités établies aux articles 1396

et 1397 (1) : il ne suffit pas qu'elles soient faites en faveur du mariage. Cette circonstance les rendrait sans doute inattaquables pour cause d'ingratitude (art. 959), et elles seraient caduques si le mariage ne s'ensuivait pas (art. 1088), tout comme si elles avaient été portées dans le contrat de mariage; mais elles ne seraient point pour cela dans la classe de celles mentionnées à l'art. 1086, auquel se réfère l'art. 947 quant aux donations de cette sorte. En effet, cet art. 1086 parle positivement, dans sa dernière partie, des donations de biens présens faites *par contrat de mariage*, et cela, après que dans la première partie du même article l'on avait déjà parlé aussi des donations faites *par contrat de mariage* aux époux et aux enfans à naître du mariage.

742. La seconde espèce est celle des donations de biens à venir pures, en tout ou partie, qui peuvent être modifiées dans leurs effets légaux, soit par la réserve de disposer à titre gratuit (car la réserve de disposer à titre onéreux serait superflue) de tel ou tel objet appartenant alors au donateur, ou même de disposer d'une quote part des biens compris dans

(1) Car, quoiqu'il ne s'agisse pas d'une *contre-lettre, ni d'un changement* apporté au contrat de mariage, il n'est pas douteux que la donation n'ait pu être faite après le contrat : ce sera une *addition* au contrat; mais nous pensons qu'il faut alors qu'elle soit faite d'après les formalités tracées aux art. 1396 et 1397, pour avoir les mêmes effets que si elle avait eu lieu dans le contrat de mariage lui-même. Il n'est pas douteux, au surplus, que pour être réputée faite en faveur du mariage, elle doit avoir lieu avant la célébration.

l'institution, et s'il n'en dispose pas, s'applique l'article 1086 dans sa disposition finale; soit, lorsque la donation n'est que d'une quotité, par exemple, de la moitié, en mettant les trois quarts ou la totalité des dettes à la charge du donataire; soit enfin en faisant l'institution contractuelle sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur.

Mais elle n'en est pas moins irrévocable (art. 1083), sauf au donateur à user du droit de disposer qu'il s'est réservé, ou de faire la chose qui est l'objet de la condition sous laquelle il a fait l'institution; en sorte que s'il peut par là révoquer indirectement, il ne le peut du moins directement, et par le seul effet d'une déclaration de changement de volonté, ainsi qu'il le pourrait s'il s'agissait d'un testament.

C'est ce qu'a fort bien su distinguer la Cour de Grenoble, en décidant, par son arrêt du 27 janvier 1809 (1), qu'une institution d'héritier par contrat de mariage n'était pas moins réputée irrévocable, quoique l'instituant se fût réservé la faculté indéfinie de faire des legs pieux, et de constituer à ses filles des dots à la charge de l'héritier. Ce n'était pas, il est vrai, le donateur qui avait voulu révoquer; c'étaient les frères et sœurs de l'institué, tous enfans de l'instituant, qui prétendaient que la donation n'avait pas le caractère de l'irrévocabilité; mais on sent que le principe est le même.

---

(1) Sirey, 11-2-222.

Dans cette donation, modifiée ou non, il n'y a aucune difficulté quant à l'application, s'il y a lieu, de la caducité prononcée par l'art. 1089.

743. Enfin, la donation faite cumulativement des biens présens et à venir, même lorsque l'état des dettes et charges du donateur a été annexé à l'acte, peut être modifiée aussi dans ses effets ordinaires, en vertu de l'art. 1086, par la réserve de disposer à titre onéreux, et même à titre gratuit, d'un objet compris dans le don des biens présens, ou d'une somme à prendre sur ces mêmes biens; ou par la réserve de disposer d'une quotité des biens à venir. Et si le donateur n'use pas de la réserve qu'il a faite, s'applique encore cet art. 1086.

On peut aussi modifier la donation de biens présens et à venir faite cumulativement, en la faisant sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur; et les biens présens eux-mêmes peuvent être affectés de ces conditions. Alors la donation a, à leur égard comme à l'égard des biens à venir, le caractère de disposition à cause de mort; et il y a lieu sans difficulté à la caducité prononcée par l'article 1089, aussi bien pour les uns que pour les autres, quoique l'état des charges et dettes du donateur existantes au jour de la donation eût été annexé à l'acte.

On peut pareillement mettre à la charge du donataire une partie des dettes existantes au jour de la donation, et même de celle qui existeront au jour du décès du donateur, plus forte que la portion

de biens, soit présens, soit à venir, qui lui a été donnée, par exemple les trois quarts, quand moitié seulement des uns et des autres lui a été conférée; et *vice versâ*, on peut mettre à sa charge une quotité moindre de dettes que celle dont il eût été tenu d'après les règles ordinaires.

En un mot, on peut modifier les effets de ces diverses sortes de donations comme on l'entend, pourvu que les clauses, charges ou conditions n'aient rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, ou ne soient pas d'une exécution impossible, autrement la charge ou condition serait réputée non écrite, suivant l'art. 900 dont nous avons expliqué la disposition et les effets au tome précédent, chap. Ier, sect. III.

SECTION V.

Dispositions communes aux diverses donations faites en faveur du mariage, ou à la plupart d'entre elles.

SOMMAIRE.

744. *Les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude.*

745. *Faites par le contrat de mariage, elles sont inattaquables sous prétexte du défaut d'acceptation.*

746. *Toutes donations faites en faveur du mariage sont caduques si le mariage ne s'ensuit pas.*

747. *Elles sont, comme les autres donations, révoquées de plein droit par survenance d'enfans.*

748. *L'adoption d'un enfant ne les révoque point.*

749. *Celles faites dans les termes des art.* 1082, 1084 *et* 1086 *deviennent caduques si le donateur survit au donataire et à sa postérité issue du mariage.*

750. *Les héritiers du donataire qui réclament les biens de son chef, doivent prouver que leur auteur a survécu au donateur. Ce qui a lieu dans le cas où l'un ou l'autre disparaît sans donner de ses nouvelles.*

751. *Toutes ces donations sont, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la mesure de ce dont il pouvait disposer.*

752. *La quotité des biens dont a pu disposer le donateur se détermine d'après la loi en vigueur au jour de la donation irrévocable, quoique l'effet de cette donation fût reporté au temps de son décès; jurisprudence.*

753. *C'est aussi cette loi qui règle ce que le donataire a pu recevoir du donateur.*

744. Ainsi que nous l'avons déja dit, les donations faites en faveur du mariage par le contrat de mariage ou par un acte séparé ne sont point révocables pour cause d'ingratitude du donataire (article 959). Elles sont souvent la cause du mariage, et l'attente du conjoint et de sa famille ne doit pas être trompée par suite des torts du donataire envers le donateur.

745. Faites par le contrat de mariage, elles ne peuvent non plus être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte du défaut d'acceptation (art. 1087), expresse.

746. Mais elles sont toutes censées faites sous la condition tacite du mariage en vue duquel elles ont eu lieu, en sorte qu'elles sont caduques si ce mariage ne s'ensuit pas (art. 1088), encore que le donataire s'unît de suite avec une autre personne.

Et il n'y a pas à distinguer si la donation a été faite par l'acte même de mariage ou par un acte séparé, ce que permet de supposer l'art. 1081 à l'égard des donations entre-vifs de biens présens; il suffit qu'elle ait été faite en faveur du futur mariage du donataire avec telle personne.

747. Elles sont toutes révoquées de plein droit, si elles ont été faites par une personne n'ayant alors point d'enfans légitimes, et à qui il en est survenu un de cette qualité, ou par la légitimation d'un enfant naturel, s'il est né depuis la donation. En un mot, l'art. 960 leur est applicable dans son entier.

748. L'adoption d'un enfant ne les révoque point, pas plus qu'elle ne révoque aucune autre donation : seulement elle peut donner lieu à la réduction même des donations antérieures entre-vifs et de biens présens, pour fournir la réserve, à laquelle a droit un enfant adoptif comme un enfant légitime (art. 350, 913, 921 et 922 combinés).

Nous avons suffisamment expliqué ce point, et autres analogues, au tome III, en traitant de *l'Adoption*.

749. Et les donations faites à l'un des époux (1), dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086, deviennent caduques, si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité (art. 1089).

Cet art. 1089 a été appliqué précédemment à cha-

(1) Ou à tous deux. (Art. 1082.)

cune des trois espèces de donations qu'il embrasse, et nous avons aussi démontré dans quel sens doit s'entendre le mot *postérité* qui y est employé.

Nous avons pareillement dit que le prédécès de l'époux ou des époux donataires rend caduque la donation, si le bénéfice en a été restreint à leurs personnes uniquement, par une clause du contrat de mariage.

L'adoption d'un enfant par le donataire n'empêcherait pas la caducité prononcée par cet article, attendu que l'adopté, quoiqu'il ait sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que s'il était légitime (art. 350), n'est néanmoins pas issu du mariage en faveur duquel la donation a eu lieu, et ne peut même être compris sous le nom générique de *postérité* (1).

750. L'art. 1089 dit que les donations faites dans les termes des art. 1082, 1084 et 1086 deviennent caduques, *si le donateur survit à l'époux donataire et à sa postérité*; mais il ne suit pas de là que les héritiers du donateur, pour empêcher les biens de passer aux mains des héritiers du donataire, autres que ses descendans issus du mariage, doivent prouver que leur auteur lui a survécu, ainsi qu'à sa postérité; ce qui les soumettrait, dans le cas d'ab-

---

(1) *Voy.* sur un cas qui a quelque analogie, celui de donation avec stipulation du droit de retour, ce que nous avons dit au tom. III, n° 320, où nous rapportons un arrêt de la Cour de cassation, conforme à cette doctrine.

sence de l'un ou de l'autre, à une preuve souvent fort difficile à administrer. Ce serait au contraire à ceux qui réclameraient les biens, comme ayant été recueillis par le donataire ou par un des descendans du mariage, et qui voudraient exercer ses droits à cet égard, à prouver que le donataire ou ce descendant a survécu au donateur. La donation était faite sous la condition de survie du donataire ou de sa postérité, comme un legs est fait sous la condition de survie du légataire (art. 1039); par conséquent, de même que les héritiers du légataire qui prétendraient que leur auteur a recueilli le droit, seraient obligés de prouver qu'il a survécu au testateur, ainsi les héritiers du donataire, autres que ses descendans issus du mariage en faveur duquel la donation a été faite, sont tenus de prouver que leur auteur l'a recueilli, et, pour cela, qu'il a survécu au donateur (1).

Voilà le principe, parce que les biens sont toujours dans la main de ce dernier tant qu'il n'est pas mort; et comme nous l'avons dit au tome Ier, en parlant *des absens*, nos 543 et 544, si le donateur a disparu et que son existence ne soit pas reconnue au moment du décès du donataire qui n'a pas laissé d'enfans ou de descendans du mariage, les biens donnés doivent rester, jusqu'à la déclaration d'absence, ou jusqu'à la preuve du prédécès du donateur,

---

(1) Telle est la doctrine que nous avons enseignée au tome VII, n° 49, contrairement à celle de M. Chabot de l'Allier.

entre les mains de ses héritiers. Mais en conséquence de la déclaration d'absence du donateur, déclaration que les héritiers du donataire décédé auraient le droit de poursuivre, en vertu de l'art. 123, après l'expiration des délais fixés par la loi, ces héritiers pourraient obtenir, conformément au même article, l'envoi en possession provisoire des biens compris dans la donation, à la charge de fournir caution pour le cas où le donateur absent reparaîtrait ou donnerait de ses nouvelles.

Que si c'était le donataire qui eût disparu sans donner de ses nouvelles, et sans qu'il y eût, au décès du donateur, d'enfans ou descendans issus du mariage, ses héritiers, à quelqu'époque qu'ils réclamassent les biens donnés, devraient prouver que leur auteur existait au moment de ce décès, puisque c'était la condition sous laquelle il pouvait les recueillir et les leur transmettre. C'est le cas positivement prévu et régi par l'art. 135.

751. Toutes donations faites aux époux par leur contrat de mariage, sont, lors de l'ouverture de la succession du donateur, réductibles à la portion dont la loi lui permettait de disposer (art. 1090 et 920.)

752. Cela ne veut toutefois pas dire que c'est la loi en vigueur au jour du décès du donateur qui règle seule la quotité dont il a pu disposer ; car, quant aux donations irrévocables qu'il a faites, c'est la loi du jour du contrat qui en détermine l'étendue,

quoique l'effet de la donation fût reporté au décès du donateur. Une loi nouvelle n'a pu vouloir altérer les effets d'un contrat, d'un acte irrévocable, autrement elle réagirait sur des droits réellement acquis, bien que par tel ou tel événement ces droits pussent n'avoir pas d'effet. Tels qu'ils sont, ils doivent être maintenus dans toute leur intégrité.

En sorte que si une loi nouvelle, sous laquelle meurt le donateur, a diminué la faculté de disposer, les donations irrévocables, et par conséquent les institutions contractuelles, qu'il a faites sous l'empire d'une loi précédente qui autorisait des dispositions plus étendues, doivent recevoir leur exécution dans la mesure de ce qui aurait valablement été donné si l'ancienne loi eût été encore en vigueur au moment de sa mort, et eu égard au nombre et à la qualité d'héritiers à réserve qu'il a laissés.

C'est ce que nous avons établi au tome Ier, nº 56 et 57, et au tome précédent, nº 315 à 318 inclusivement. La jurisprudence a confirmé cette doctrine, qui est aussi celle de MM. Grenier, Delvincourt, et de plusieurs autres interprètes du Code.

C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation a jugé, par ses arrêts des 18 mai 1812 (1) et 9 juillet de la même année (2), en confirmant deux décisions de la Cour de Paris, qu'un don mutuel (bien qu'il n'eût effet qu'à la mort du donateur)

---

(1) Sirey, 13-1-12.

(2) Sirey, *ibid.* 1-29.

n'était pas sujet au retranchement au profit des ascendans, parce qu'il avait été fait avant la publication du Code civil et sous l'empire d'une loi qui ne leur donnait pas de réserve, quoique le donateur ne fût décédé que depuis le Code.

Et plus spécialement encore, les institutions contractuelles faites antérieurement au Code, par des personnes décédées sous le Code, ont été jugées devoir produire leurs effets pour tous les biens dont le donateur pouvait disposer à l'époque du contrat (1).

753. C'est aussi la loi en vigueur à l'époque du contrat qui règle ce que le donataire a pu recevoir du donateur.

CHAPITRE IX.

Des dispositions entre époux, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage.

SOMMAIRE.

754. *Division du chapitre.*

754. Nous verrons dans une première section, quelles dispositions les époux peuvent faire au profit l'un de l'autre, soit par le contrat de mariage,

---

(1) Turin, 15 mars 1806. (Sirey, 6-2-457.) Paris, 27 mai 1807 (Sirey, 7-2-693.), qui a jugé qu'une donation de 1778, le donateur étant mort sous le Code, ne devait souffrir de retranchement que dans la proportion fixée par l'art. 298 de la coutume de Paris, et dans le cas seulement où les légitimaires ne trouveraient pas dans les biens laissés par le donateur, à se remplir de la légitime à eux attribuée par cette coutume.

soit pendant le mariage, et les effets de ces dispositions; dans une seconde, quelle est la portion dont ils ont pu disposer en faveur l'un de l'autre.

SECTION PREMIÈRE.

Quelles dispositions les époux peuvent faire au profit l'un de l'autre, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage, et effets de ces dispositions.

SOMMAIRE.

§ Ier.

Des donations faites entre époux par le contrat de mariage, et de leurs effets.

755. *Les époux peuvent, en général, se faire telles donations qu'ils jugent à propos; texte de l'art.* 1091.

756. *La donation entre-vifs de biens présens faite entre époux, par le contrat de mariage, n'est pas censée faite sous la condition de survie du donataire.*

757. *Mais cette condition peut être stipulée; ses effets.*

758. *Effet de la réserve de pouvoir disposer d'un objet compris dans la donation de biens présens faite entre époux par le contrat de mariage.*

759. *Donation de biens à venir, ou de biens présens et à venir cumulativement; texte de l'art.* 1093.

760. *Développemens.*

761. *Ne pas confondre la donation d'objets particuliers avec la donation de biens présens et à venir cumulativement.*

762. *Ces donations peuvent être mutuelles ou réciproques.*

763. *Il n'est pas nécessaire pour cela qu'elles soient de quotités égales, et l'une peut être en usufruit, l'autre en propriété.*

764. *Si les deux époux périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître quel est celui qui a survécu, la donation, simple ou réciproque, est caduque.*

§ II.

Des donations entre époux faites pendant le mariage, et de leurs effets.

§ Ier.

Des dispositions faites entre époux par le contrat de mariage, et de leurs effets.

755. Suivant l'art. 1091, « les époux peuvent, « par contrat de mariage, se faire réciproquement, « ou l'un des deux à l'autre, telle donation qu'ils « jugent à propos, sous les modifications ci-après « exprimées. »

765. Toute donation entre-vifs de biens présens, faite entre époux par contrat de mariage, n'est point censée faite sous la condition de survie du donataire, si cette condition n'est formellement exprimée; et elle est soumise à toutes les règles et formes prescrites pour ces sortes de donations (article 1092), c'est-à-dire aux règles du chapitre précédent, aux règles des donations entre-vifs de biens présens faites aux époux par des tiers, et par conséquent aux règles générales des donations faites à ce titre, ainsi qu'il est dit à l'art. 1081; mais non pas absolument à toutes les règles prescrites pour ces sortes de donations; car l'art. 947 rapproché des quatre précédens ne permet à cet égard aucun doute.

Et comme donation de biens présens, elle n'est pas censée faite sous la condition de survie de l'époux donataire; il peut même paraître superflu d'en avoir fait la matière d'une disposition spéciale, mais c'est pour marquer une opposition avec les dona-

tions de l'art. 1093, qui sont au contraire censées faites sous la condition de survie du donataire. On a voulu prévenir la supposition que le donateur de biens présens est censé avoir voulu, comme l'époux donateur de biens à venir, ou de biens présens et à venir cumulativement, se préférer aux enfans du mariage, et surtout la supposition encore plus vraisemblable qu'il a voulu se préférer aux autres héritiers du conjoint donataire.

757. Au surplus, si la condition de survie de l'époux donataire était mise dans le contrat, il importerait beaucoup d'examiner dans quel esprit elle a été conçue : si c'est en vue de rendre la donation comme faite sous une condition suspensive et comme ne devant produire ses effets qu'autant que le donataire survivrait au donateur ; ou bien si elle a été conçue dans l'esprit d'une stipulation du droit de retour, au cas où le donateur survivrait au donataire.

Au tome précédent (1), nous avons établi que, même dans le premier cas, la donation est entre-vifs, mais que son effet est néanmoins suspendu jusqu'à ce que l'événement se vérifie. Elle est irrévocable, par conséquent ce n'est point une donation à cause de mort.

Et voici les différences : si la condition est suspensive, le donateur conserve la propriété des biens, en sorte qu'il n'a pas même besoin de s'en

---

(1) N° 480.

réserver l'usufruit; et ce sera à ceux qui prétendront que la condition s'est réalisée, à prouver qu'effectivement le donataire a survécu au donateur; tellement que si les deux époux ont péri dans le même événement, sans qu'on puisse démontrer que le donataire a survécu, la donation n'aura pas d'effet, faute de preuve de l'accomplissement de la condition.

Au contraire, si la donation a été faite sous condition résolutoire, ou, en d'autres termes, avec stipulation du droit de retour pour le cas du prédécès du donataire ou de survie du donateur, n'importe, le donataire devient propriétaire sur-le-champ, et le donateur a besoin de se réserver l'usufruit, s'il entend conserver la jouissance des biens. Ce sera donc à ceux qui prétendront que la donation a été résolue, à le prouver; alors, si les deux époux ont péri dans le même événement, sans que l'on puisse établir que le donateur a survécu au donataire, le retour n'aura pas lieu. En effet, les présomptions de survie tirées de l'âge ou du sexe, ne seraient même d'aucune considération dans ce cas (2).

Les effets du droit de retour, si c'est réellement un droit de retour qui est renfermé dans la condition, seront régis par l'art. 952 (1).

758. Si l'époux donateur s'était réservé la faculté

---

(1) *Voy.* tom. VI, nos 49 et 50.

(2) Nous les avons expliqués au tome précédent, chap. IV, section 3, § 3.

de disposer d'un objet compris dans cette donation de biens présens, faite d'ailleurs purement et simplement, et qu'il fût mort avant le donataire, sans en avoir disposé, il n'y aurait pas le moindre doute que l'objet n'appartînt au conjoint donataire ; car l'art. 947 fait exception à l'art. 946 pour les donations mentionnées aux chapitres VIII et IX du présent titre, par conséquent pour celle dont il s'agit. D'ailleurs, l'art. 1092 la soumet « à toutes les « règles et formes *ci-dessus* prescrites pour ces sortes « de donations ; » et l'on entend par là les règles et formes des donations pareilles à celles contenues au chapitre précédent : or, l'art. 1086 accorde formellement au donataire l'objet dont il s'agit.

Mais si l'époux donataire est venu à mourir avant le donateur, l'objet sur lequel porte la réserve appartient-il aux héritiers de ce dernier, conformément à l'art. 946, et soit que l'époux donataire eût laissé des enfans du mariage, soit qu'il n'en eût pas laissé ?

Si la donation eût été faite par un tiers, elle eût été caduque, quant à cet objet, par le prédécès de l'époux donataire et de sa portérité issue du mariage, d'après la combinaison des art. 1086 et 1089, et d'après ce que nous avons dit au chapitre précédent ; or, l'art. 1092, après avoir dit que la donation de biens présens faite entre époux par le contrat de mariage, n'est point censée faite sous la condition de survie de l'époux donataire, si cette condition n'est exprimée, ajoute « qu'elle sera

« soumise à toutes les *règles* et formes ci-dessus « prescrites pour ces sortes de donations; » donc l'objet de la réserve est sujet à la caducité, même dans la supposition la plus favorable aux héritiers du donataire, savoir, que la donation dont il s'agit est régie par les règles du chapitre précédent sur les donations faites à ce titre par des tiers, puisque si l'on appliquait les règles du droit commun, l'objet serait même censé n'avoir pas été compris dans la donation, et, quoique le donateur fût mort le premier sans en avoir disposé, cet objet n'appartiendrait pas moins à ses héritiers (art. 946).

Mais la caducité résultera-t-elle du prédécès de l'époux donataire, ou bien seulement du prédécès du donataire et des enfans issus du mariage? L'article 1093 décide que les donations de biens à venir, ou de biens présens et à venir cumulativement, faites entre époux, par le contrat de mariage, ne sont point transmissibles aux enfans issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur; or, la réserve dont il s'agit affecte réellement la donation, quant à l'objet sur lequel porte cette réserve, des caractères de la disposition à cause de mort : on le reconnaît bien évidemment dans le cas où la donation est faite par un tiers, puisqu'alors la caducité établie par l'art. 1089 devient applicable (1) : donc elle doit affecter des

(1) A cet objet seulement, toutefois, suivant ce que nous avons démontré *suprà*, n° 136 (dans le cours de la discussion), et 740-3°.

mêmes caractères, et pour le même objet, la donation faite entre époux; avec cette différence néanmoins entre l'une et l'autre, que, lorsqu'il s'agit d'une donation faite par un tiers, la caducité ne vient atteindre l'objet de la réserve qu'autant que le donateur a survécu au donataire et à sa postérité (issue du mariage), conformément à l'art. 1089 rapproché de l'art. 1086; tandis que dans le cas où elle est faite entre époux, comme elle n'est point présumée avoir lieu aussi au profit des enfans du mariage, la caducité, relativement à cet objet, résulterait du prédécès de l'époux donataire seul, par application des art. 1092, 1093, mis en rapport avec les art. 1086 et 1089. En sorte que, lors même qu'il y aurait des enfans du mariage, ces enfans ne pourraient réclamer l'objet, ni en vertu d'un droit propre, que leur refuserait l'art. 1093, ni comme héritiers du donataire, lequel serait censé ne l'avoir jamais eu dans ses biens, et en conséquence, n'avoir pu le leur transmettre. Ils ne pourraient y avoir droit qu'en qualité d'héritiers du donateur.

759. Les époux peuvent aussi se faire des donations de biens à venir, ou de biens présens et à venir, soit simples, soit mutuelles ou réciproques.

L'art. 1093 en règle les effets en ces termes :

« La donation de biens à venir, ou de biens « présens et à venir, faite entre époux par con-

« trat de mariage, soit simple, soit réciproque, « sera soumise aux règles établies par le chapitre « précédent, à l'égard de donations pareilles qui « leur seront faites par un tiers, sauf qu'elle ne sera « point transmissible aux enfans issus du mariage, « en cas de décès de l'époux donataire avant « l'époux donateur. »

On a supposé, avec raison, que l'époux donateur préfère que ses enfans recueillent plutôt ses biens en qualité d'héritiers que comme donataires. Ils trouveront ces mêmes biens dans sa succession s'ils veulent les recueillir en se portant ses héritiers; et naturellement il est dans son vœu qu'ils prennent ce titre, au moins bénéficiairement.

Au surplus, le donateur pourrait, par une déclaration formelle dans le contrat, faire aussi la donation au profit des enfans à naître du mariage, au cas du prédécès de son conjoint donataire. Cette clause n'a rien de contraire à la loi, puisque la loi elle-même la supplée dans ces donations lorsqu'elles sont faites par des tiers.

760. Dans le cas de donation de biens présens et à venir cumulativement, si l'état des dettes et charges du donateur existantes au jour du contrat n'a pas été annexé à la minute de l'acte, il est clair que la donation ne peut valoir que comme institution contractuelle, d'après la combinaison des art. 1093 et 1085, et d'après ce qui a été dit au chapitre précédent, sect. IV.

Si cet état a été annexé, alors la donation est régie par l'art. 1084, si l'époux donataire survit à l'époux donateur ; mais dans le cascontraire, s'élève la question de savoir si les enfans du mariage, et même les héritiers quelconques du donataire prédécédé, n'ont pas un droit acquis de son chef aux biens présens. Comme c'est la même que celle qui a lieu, dans le même cas, lorsque la donation a été faite par un tiers, puisque l'art. 1093 se réfère à cet égard aux dispositions du chapitre précédent, elle doit se décider par les mêmes principes. En conséquence, suivant ce qui a été dit sur ce cas, la donation est caduque par le prédécès de l'époux donataire. L'art. 1089, combiné avec l'art. 1093, est également applicable, en ce sens que, conformément à ce dernier, le prédécès de l'époux donataire seul rend caduque la donation, sauf le cas où elle aurait été faite aussi en faveur des enfans ou descendans à naître du mariage, au cas du prédécès de l'époux donataire, cas dans lequel ce ne serait en effet que leur prédécès aussi qui rendrait la donation caduque.

761. Il faut, du reste, se rappeler ce qui a été dit plus haut, que, par donation de biens présens et à venir cumulativement, en tout ou *partie*, l'on ne comprend point la donation de corps certains et déterminés, ou de sommes, même payables au décès du donateur, unie à une donation de tous les biens à venir, ou d'une quotité de ces biens; elle

serait entre-vifs pure, de biens présens, pour ces corps certains ou ces sommes, et elle serait régie, quant à ces objets, par les art. 1092 et 1081 combinés, c'est-à-dire par les règles générales des donations faites à ce titre.

762. Les époux, avons-nous dit, peuvent se faire des donations mutuelles ou réciproques, comme des donations simples ; et dans le cas de donation mutuelle, la caducité à l'égard de l'une des parties n'empêche pas que la donation ne produise ses effets à l'égard de l'autre, c'est-à-dire au profit du survivant.

C'est une sorte de contrat aléatoire, un avantage assuré à l'époux qui survivra sur les biens de celui qui mourra le premier.

763. Et il n'est pas nécessaire pour cela que la donation soit de quotités égales ; l'un des époux peut donner le tiers ou le quart seulement des biens qu'il laissera au jour de son décès, tandis que l'autre peut donner la totalité, sauf la réduction s'il y a lieu : l'un peut donner en toute propriété ou en nue propriété, et l'autre en usufruit seulement.

764. Si les deux époux périssent dans le même événement, sans qu'on puisse reconnaître quel est celui qui a survécu à l'autre, la donation, simple ou réciproque, est caduque. Il n'y a pas lieu d'appliquer les présomptions de survie tirées de l'âge

ou du sexe, établies par les art. 721 et 722 (1).

Les donations dont il s'agit sont censées faites sous la condition de *survie du donataire*, et non pas avec stipulation d'un *droit de retour*, pour le cas de survie du donateur, ce qui est bien différent. Elles deviennent donc *caduques*, s'il n'est pas prouvé que le donataire a survécu au donateur, ainsi que nous l'avons clairement démontré au tome VI (2), contre l'opinion de M. Chabot de l'Allier, en analysant l'art. 1089 quant à ce point.

765. « Le mineur ne peut, par contrat de ma-
« riage, donner à l'autre époux, soit par donation
« simple, soit par donation réciproque, qu'avec le
« consentement et l'assistance de ceux dont le con-
« sentement est requis pour la validité de son ma-
« riage ; et, avec ce consentement, il peut donner
« tout ce que la loi permet à l'époux majeur de
« donner à l'autre conjoint (art. 1095). »

« Il n'est point restituable contre les conventions
« portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles
« ont été faites avec le consentement et l'assis-
« tance de ceux dont le consentement est requis
« pour la validité du mariage (art. 1309). »

Enfin, suivant l'article 1398 « le mineur habile à
« contracter mariage est habile à consentir toutes

(1) *Voy.* tom. VI, n° 48 et suivans, où nous expliquons les motifs de cette décision.

(2) *Ibid.*

« les conventions dont ce contrat est susceptible; et « les conventions et donations qu'il y a faites sont « valables, pourvu qu'il ait été assisté dans le con- « trat des personnes dont le consentement est né- « cessaire pour la validité du mariage. »

Comme on le voit, ces trois dispositions sont à peu près rédigées dans les mêmes termes : dans toutes, on exige *l'assistance*, au contrat, de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage ; et dans les deux premières on exige même leur assistance ET leur consentement. Il semblerait d'après cela, que le consentement donné par acte, par exemple par une délibération de famille produite par le tuteur, ne remplirait pas le vœu de la loi ; qu'il faudrait une assistance en personne de ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage, puisque ce mot *assistance* serait une vaine redondance, si cette assistance n'était rien autre chose que le consentement des parens, et se confondait avec lui.

Nous l'avions pensé d'abord (1), et nous disions alors que le mineur qui n'a point d'ascendans, et qui ne peut, conformément à l'article 160, se marier qu'avec le consentement d'un conseil de famille, composé ainsi qu'il est prescrit par les art. 467 et 408, n'était souvent *assisté*, dans

---

(1) Telle était en effet la décision que nous avions émise dans notre *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, imprimé en 1819-1820, tom. Ier, n° 215.

son contrat de mariage, que de son tuteur, muni d'une délibération de ce conseil réglant les clauses et conventions matrimoniales ; mais que cela nous paraissait irrégulier, attendu que la loi exige, outre le consentement des personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage, *l'assistance* de ces mêmes personnes, et non pas seulement l'assistance du tuteur, dont le consentement n'est pas celui qui est exigé pour la validité du mariage. Nous inférions donc de là que *l'assistance*, dans l'esprit de ces divers articles, n'était pas la même chose que le consentement non donné en personne par ceux qui doivent consentir au mariage.

Mais ayant ensuite plus mûrement réfléchi sur ce point, nous avons abandonné cette opinion, pensant que la loi n'avait pu vouloir que ce qui était utile et praticable ; or, une délibération d'un conseil de famille régulièrement composé, et dont expédition est remise au tuteur, doit remplir le but qu'elle s'est proposé. Le mineur alors est réellement *assisté*, dans son contrat de mariage, par ceux dont le consentement est requis pour la validité du mariage ; il est assisté non pas, il est vrai, de leur *présence*, mais il est assisté de leurs conseils, de leurs lumières, de leur assentiment ; et très probablement la loi n'a pas voulu davantage.

Supposons en effet qu'un mineur de Paris aille se marier à Marseille, où demeure sa future épouse : peut-on exiger que ses parens ou alliés qui doivent

composer le conseil de famille dont le consentement est requis pour la validité de son mariage, se transportent à Marseille pour l'assister *en personne* dans la rédaction de ses conventions matrimoniales, et que le juge de paix de sa commune, présidentné de ce conseil, s'y transporte pareillement? Telle n'a pu être la pensée de la loi. Supposons aussi que deux mineurs de la même commune, qui n'ont ni l'un ni l'autre aucun ascendant, s'unissent : il est clair que le juge de paix, président de l'un et de l'autre conseil de famille, ne peut les assister dans leur contrat de mariage, puisqu'ils ont des intérêts opposés, et que lorsque des mineurs ont des intérêts contraires, on doit leur nommer des tuteurs spéciaux : cela est notamment prescrit dans les partages (art. 838) ; et cependant il n'y a point de conseil de famille sans un juge de paix qui le préside.

Ce n'est donc point l'assistance de ce magistrat en personne au contrat de mariage, ni celle des parens, qui est rigoureusement requise pour la validité des conventions matrimoniales ; c'est seulement une assistance résultant d'une délibération de famille régulièrement prise ; mais cette délibération est nécessaire. Le consentement et l'assistance du tuteur non régulièrement autorisé ne suffiraient point pour lier le mineur dans les donations qu'il aurait faites à son conjoint ; seulement le mineur devrait prendre les conventions dans leur ensemble, ou les faire rescinder pour le tout : il

ne pourrait les diviser, parce qu'elles seraient réputées la condition les unes des autres.

766. Les donations dont il s'agit dans ce paragraphe ne peuvent être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte du défaut d'acceptation (articles 1087, 1092 et 1093 combinés).

767. Elles sont nulles si le mariage ne s'ensuit pas (art. 1088 et mêmes art. 1092 et 1093).

768. Mais elles ne sont ni révoquées ni révocables pour cause d'ingratitude, encore que la séparation de corps eût été prononcée, sur la demande de l'époux donateur (1).

769. Ces donations de biens à venir ne deviennent pas caduques par la mort civile du donateur, parce qu'elles sont irrévocables, et que celui-ci n'a pu par son délit en détruire les effets; mais nous les regardons comme caduques si le conjoint donataire est frappé de mort civile au moment du décès du donateur, attendu que ce sont des donations de l'hérédité, et qu'il faut, pour recueillir une hérédité, être capable au jour où elle s'ouvre (2). Qu'importe qu'elles soient irrévocables; elles ne sont toujours que le don de l'hérédité pour le temps où elle s'ouvrira, et par conséquent le donataire doit pouvoir être héritier à cette époque. Elles sont

---

(1) *Vide* tom. II, n° 629 et suivans, et tome précédent, n° 572.

(2) Voy. *suprà* n° 700 et 701.

irrévocables en ce sens seulement que le donateur ne peut plus disposer des biens à titre gratuit, si ce n'est pour sommes modiques (art. 1083 et 1093, combinés); mais elles ne sont pas moins des institutions d'héritier. Sous ce rapport, on doit les assimiler aux legs, et telle est l'opinion commune.

§ II.

Des donations faites entre époux pendant le mariage.

770. Les époux peuvent aussi se faire des avantages pendant le mariage; mais comme ces donations seraient quelquefois le résultat de la contrainte, et pourraient être faites par un époux bien plutôt en vue d'acheter la paix, que dans le seul désir de conférer une libéralité à son conjoint, la loi, tout en les autorisant, les déclarent néanmoins essentiellement révocables.

Ainsi, d'après l'art. 1096, toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables.

Elles le sont nonobstant toutes renonciations ou déclarations à ce contraires, comme les testamens.

771. La révocation peut être faite par la femme sans y être autorisée par le mari ni par justice. (*Ibid.*)

772. Ces donations ne sont point révoquées par la survenance d'enfans (*Ibid.*), quoique l'époux

donateur n'eût encore point d'enfans de ce mariage, ni d'un précédent, au moment de la donation (1).

773. « Les époux, porte l'art. suivant, ne pour-« ront, pendant le mariage, se faire, ni par acte « entre-vifs, ni par testament (2), aucune donation « mutuelle et réciproque par un seul et même « acte. »

Cela tient à ce que toutes libéralités faites entre époux pendant le mariage sont révocables; et comme dans une donation réciproque ou mutuelle il y a en quelque sorte deux donations, l'on a voulu prévenir les surprises, et la mauvaise foi de l'un des époux, qui aurait pu révoquer à l'insu du conjoint, quand peut-être, bien mieux, quand tout porte à penser que la libéralité à lui faite, n'a eu lieu qu'en considération de celle qu'il avait faite de son côté, et qu'il a cependant révoquée. On a donc dû aller au devant des difficultés qui auraient pu s'élever en pareil cas sur le point de savoir si l'autre libéralité devait être maintenue (3).

774. Du reste, ces donations faites par acte entre-vifs ont besoin d'être acceptées expressément,

---

(1) *Voy.* tome précédent, n° 587; et au n° 582 ce que nous avons dit sur le cas d'une donation entre-vifs de biens présens faite par le contrat de mariage, lorsque l'époux donateur qui n'a pas eu d'enfans du mariage, est devenu veuf, s'est remarié et a eu des enfans de cette nouvelle union.

(2) *Ni par testament* : la prohibition à l'égard du testament n'est pas particulière aux époux; c'est le droit commun (art. 968).

(3) *Voy. suprà*, n° 6.

comme les donations ordinaires ; la loi ne les affranchit pas de cette formalité, ainsi qu'elle le fait pour celles qui ont lieu par le contrat de mariage (articles 1092, 1093 et 1087 combinés).

775. Elles peuvent être faites par acte entre-vifs, même à titre universel des biens que les époux laisseront à leur mort. La Cour de Nancy, et ensuite celle de cassation (1) ont jugé en ce sens, en décidant que les donations entre époux pendant le mariage forment une classe intermédiaire, qui participe de la nature des donations entre-vifs et des donations à cause de mort, à raison de la révocabilité; et qu'un acte fait entre époux durant le mariage, et revêtu des formes des donations entre-vifs, était valable, bien qu'il ne contînt que des dispositions à cause de mort, qu'il fût même qualifié à cause de mort.

La Cour suprême a aussi jugé, par arrêt de cassation (2), que, sous le Code civil, deux époux ont pu valablement disposer (par actes séparés) au profit l'un de l'autre, par forme de donation entre-

(1) *Voy.* l'arrêt du 5 décembre 1816. Sirey, 18-1-50.

(2) Du 22 juillet 1807. Sirey, 7-1-361.

Nous avons déjà eu occasion de citer ces divers arrêts, au tome précédent, n° 410, au sujet d'une autre question.

Mais *voy.* toutefois au même volume, le n° 184, relativement à la donation faite par un époux *mineur* à son conjoint, par acte entre-vifs, pendant le mariage. Nous y citons diverses décisions et autorités pour et contre la validité de cette donation.

vifs, soit de leurs biens présens, soit des biens qu'ils laisseraient au jour de leur décès, jusqu'à concurrence de la portion disponible, et que la révocabilité, essentiellement attachée à ces sortes de donations, dispense de l'emploi de la forme des testamens.

776. Il ne saurait y avoir de doute que ces donations de biens à venir ne deviennent caduques par le prédécès de l'époux donataire; car elles ne sont rien autre chose que des institutions d'héritier faites pendant le mariage, avec faculté pour le donateur de les révoquer. Or, si celles-là même qui sont faites par le contrat de mariage, et qui, à ce titre, sont irrévocables, ne sont point transmissibles aux enfans nés du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur (article 1093), à combien plus forte raison celles qui sont faites seulement pendant le mariage doivent-elles devenir caduques par le prédécès du donataire, quoiqu'il eût laissé des enfans issus du mariage. Ces donations sont le don de tout ou partie de l'hérédité, comme celles qui seraient portées dans un testament, et en général avec les mêmes effets, par conséquent, pour pouvoir recueillir la portion de biens qui lui a été donnée, il faut que le donataire existe au jour où s'ouvre la succession du donataire. Elles seraient évidemment caduques aussi par la mort civile dont serait frappé le donataire au moment du décès du donateur, et elles le deviendraient pa-

reillement par celle du donateur (1). En un mot, on doit, sous ce rapport, et même généralement, les considérer comme des institutions d'héritier faites par testament, puisque par elles l'on ne donne que des biens à venir, la succession en tout ou partie.

777. Aucune difficulté touchant leur caducité par le prédécès du donataire, quoiqu'il eût laissé des enfans du mariage, ne saurait donc s'élever à l'égard de ces donations; mais il n'en est pas tout-à-fait de même au sujet d'une donation de biens présens, par exemple, de tel domaine, lorsque le donateur n'a pas stipulé la condition de survie du donataire, et qu'il est mort sans avoir révoqué la donation : comme dans le cas où les deux époux sont morts dans le même événement, ou à des époques très rapprochées.

MM. Delvincourt et Grenier décident que les donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, sont caduques par le prédécès de l'époux donataire, comme elles sont révocables par la seule volonté du donateur; et ces jurisconsultes ne distinguent pas entre celles de biens présens, et celles de biens à venir. Ils assimilent, en général, ces libéralités faites par acte

---

(1) Les LL. 13, § 1, ff. et 24 Cod. *de donat. inter vir. et uxor.* décidaient, au contraire, que les donations faites entre époux n'étaient point caduques par la déportation du donateur, et qu'elles devenaient même par là irrévocables. Mais celles dont nous parlons actuellement ne peuvent avoir, sous ce rapport, que les effets des dispositions testamentaires.

entre-vifs, aux donations *inter virum et uxorem* des Romains, qui devenaient en effet caduques par le prédécès de l'epoux donataire sans avoir révoqué (1), comme les donations à cause de mort.

On peut dire néanmoins que la donation de biens présens a effet de suite, à la différence de celles dont nous venons de parler; qu'elle confère au donataire la propriété des objets donnés, sauf la faculté pour le donateur de révoquer la donation quand bon lui semblerait, même après la mort du donataire; mais que, s'il ne l'a pas fait, la condition résolutoire ne s'est point accomplie, et la donation produit tous ses effets. La donation à cause de mort des Romains elle-même pouvait fort bien aussi conférer la propriété de la chose donnée, lorsqu'elle était livrée dans cette vue au donataire, sauf au donateur à la répéter si bon lui semblait (2), et la loi 8 ff. *de Rebus dubiis*, dit que si deux époux, dont l'un a fait une donation à l'autre, ont péri dans le même événement, la donation est valable, parce que le donateur ne peut répéter, étant mort : *magis placuit va-*

(1) L. 13, L. 32, § 14, ff. *de donat. inter virum et uxorem*; et L. 6, Cod. au même titre. Pendant long-temps ces donations furent même interdites et regardées comme nulles et de nul effet, tellement que la propriété des objets, et même la possession, restaient dans la main du donateur; L. 3, § 10, ff. *eodem tit.* Et ce n'a été qu'en vertu d'un sénatus-consulte rendu sur la proposition d'Antonin Caracalla (mais sous son père Septime Sévère), et dont on retrouve la disposition dans la loi 32 au même titre, qu'elles ont eu effet par le prédécès de l'époux donateur sans avoir révoqué.

(2) L. 2 et L. 29, ff. *de donat. mort. caus.*

lere donationem, eo maximè quod donator non supervivat, qui rem condicere possit. Donc le donataire était devenu propriétaire, autrement les héritiers du donateur auraient pu revendiquer la chose.

On peut dire aussi que les rédacteurs du Code, tout en déclarant indistinctement révocables à toujours les donations faites entre époux pendant le mariage, quoiqu'elles eussent été qualifiées entre-vifs, n'ont néanmoins pas dit qu'elles seraient caduques par le prédécès de l'époux donataire ; et cependant ils s'étaient expliqués sur la caducité des legs pour cette cause (art. 1039), sur celle des donations dont est mention dans les art. 1082, 1084 et 1086 (art. 1089), enfin, dans ce chapitre même, sur celle des donations à venir, ou de biens présens et à venir cumulativement, faites entre époux par le contrat de mariage (art. 1039) : d'où l'on pourrait conclure qu'ils n'ont pas voulu étendre aussi cette caducité aux donations de biens présens faites pendant le mariage, peut être à raison de la faculté qu'a toujours le donateur de les révoquer.

Nous avions d'abord (1) incliné à cette opinion, mais seulement pour les donations de biens présens. Il nous avait semblé que le silence du Code sur ce point, quand d'ailleurs il l'avait formellement réglé dans d'autres cas analogues, et quand il s'était aussi expliqué catégoriquement sur la ré-

---

(1) *Voy.* la note placée sous le n° 50 du tom. VI.

vocabilité, pouvait être interprété en faveur du maintien de l'acte, parce que tout ce qui tend à détruire l'effet des actes est le droit étroit.

Mais une réflexion plus approfondie a dissipé nos doutes, et nous a conduit à décider que la donation même de biens présens est caduque par le prédécès de l'époux donataire. Le rapprochement des art. 1092 et 1093 avec l'art. 1096 demande cette solution.

En effet, l'art. 1092 porte que la donation entre-vifs de bien présens faite entre époux par contrat de mariage, n'est pas censée faite sous la condition de survie de l'époux donataire, si cette condition n'est formellement exprimée; or, il y a lieu de croire, *è contrario*, qu'il n'en est pas ainsi de la donation faite entre époux *pendant le mariage*, puisqu'étant essentiellement révocable, elle participe de la nature des dispositions à cause de mort.

Quelle est la raison qui fait que la donation entre-vifs de biens présens par contrat de mariage n'est point censée faite sous la condition de survie du donataire, par conséquent que les biens compris dans cette donation appartiennent aux héritiers quelconques de ce dernier? C'est incontestablement l'irrévocabilité attachée à cette donation; mais celle faite pandant le mariage n'ayant point du tout ce caractère, les effets doivent être différens, et en conséquence le prédécès du donataire doit la rendre caduque.

L'art. 1093 confirme cette opinion; car si les do-

nations faites dans les termes de cet article ne sont point, nonobstant leur irrévocabilité (1083), transmissibles aux enfans issus du mariage, en cas du décès de l'époux donataire avant l'époux donateur, à combien plus forte raison une donation toujours révocable (1096) ne doit-elle pas passer aux héritiers quelconques de l'époux donataire décédé avant l'époux donateur. Elle est de biens présens, il est vrai, nous le supposons, et ce n'est que pour ce cas seulement que la question peut présenter quelque doute; mais cette circonstance ne lui enlève pas son caractère de *disposition* à cause de mort, bien que le Code ne reconnaisse point de *donation* à cause de mort (art. 893); par conséquent, la condition de survie du donataire est donc pareillement sous-entendue aussi dans cette donation. C'est très probablement pour cette raison qu'on s'est cru dispensé d'en faire mention dans l'art. 1096, d'autant que cela ne pouvait être l'objet d'un doute pour le cas de donation de biens à venir, c'est-à-dire de donation de tout ou portion de l'hérédité du donateur.

Enfin, ce qui est décisif, c'est aussi la disposion de l'art. 1092, suivant laquelle « la donation entre-« vifs de biens présens par contrat de mariage est « soumise à toutes les règles et formes ci-dessus « prescrites pour ces sortes de donations; » or, lors que, dans une donation de cette qualité, le donateur s'est réservé la faculté de disposer d'un objet compris dans la donation, et qu'il meurt sans en

avoir disposé, l'objet, ainsi que nous l'avons dit plus haut, appartient bien au donataire, si celui-ci a survécu au donateur, mais dans le cas contraire, il reste aux héritiers de ce dernier, quoiqu'il y eût des enfans du mariage. En effet, la donation, quant à cet objet, est affectée du caractère de la disposition à cause de mort, et les enfans du mariage eux-mêmes ne sont point appelés à recueillir cet objet en cas du décès de l'époux donataire avant le donateur (art. 1093). Car il est inconstestable, d'après les art. 1086 et 1089 combinés, que, dans le cas d'une donation faite par un tiers, de biens présens, avec faculté pour le donateur de pouvoir disposer d'un objet compris dans la donation, l'objet ne serait pas dû aux héritiers du donataire prédécédé, autres que les enfans et descendans du mariage : la donation serait caduque, quant à cet objet, par le prédécès du donataire et de sa postérité (issue du mariage); et comme l'art. 1092 soumet la donation de biens présens faite entre époux par le contrat de mariage, aux mêmes règles que celles des donations qui leur sont faites par des tiers, et néanmoins que même les enfans issus du mariage, d'après l'article 1093, n'ont aucun droit personnel aux biens dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer; par la même raison ils ne doivent en avoir aucun sur les biens donnés pendant le mariage, quoique donnés comme biens présens, puisque le donateur *pouvait toujours en disposer*, pouvant toujours révoquer la donation. Et cela est encore bien

moins douteux quant aux collatéraux de l'époux donataire prédécédé.

778. Nous ferons toutefois, quant à ces donations faites entre époux pendant le mariage, quelques distinctions entre celles de biens présens et celles des biens que l'époux donateur laissera au jour de son décès.

Pour ces dernières, nous n'y pouvons voir, comme nous l'avons dit, rien autre chose, en général, que des dispositions testamentaires, quoiqu'elles soient faites par un acte entre-vifs; et c'est évidemment ce que la Cour de cassation y a vu elle-même, autrement elle n'eût pas décidé qu'on pouvait faire ces donations par acte entre-vifs. En conséquence, si le donateur est frappé de mort civile, elles sont caduques : nous rejetons dans ce cas l'application des lois 13, §1, ff. et 24, Cod. *de Donat. inter vir. et uxor*, suivant lesquelles la déportation de l'époux donateur, loin de révoquer la donation par lui faite à son conjoint, la rendait au contraire irrévocable; car, dans notre droit, la donation de *biens à venir* ne peut être considérée que comme un don de l'hérédité; et comme elle était révocable, puisqu'elle a eu lieu pendant le mariage, le donateur devait être capable aussi de donner au moment de sa mort, attendu que jusque-là il ne s'était dessaisi de rien. Au lieu que les lois romaines statuaient sur des donations dans lesquelles le donateur s'était réellement dessaisi des objets donnés, sauf le droit de révoquer, ce qu'il

n'avait pas fait quand il pouvait le faire, et sauf la caducité par le prédécès du donataire, cas qui ne s'était pas nonplus réalisé. Ainsi, ce n'était pas l'hérédité qui avait été et qui avait pu être donnée de cette manière; tandis que chez nous, d'après la jurisprudence, fondée sur l'art. 1096, elle a pu l'être, quoique par acte entre-vifs. Donc il faut avoir pu la laisser au moment où elle s'ouvre, quand la disposition est révocable, comme dans l'espèce. Et c'est par cette raison que nous décidons aussi que la donation est caduque, si l'époux donataire vient à encourir la mort civile. Nous ne pensons pas qu'il puisse y avoir du doute sur ce dernier point; d'ailleurs le donateur peut toujours révoquer.

Et puisqu'il faut que le *donataire ait survécu au donateur* pour pouvoir lui succéder, de même qu'un héritier institué par testament ou un légataire doit avoir survécu au testateur pour pouvoir recueillir l'hérédité ou le legs, nous tirons de là la conséquence que c'est aux héritiers du donataire à prouver que leur auteur a survécu, et que si les deux époux périssaient dans le même événement sans qu'on pût reconnaître quel est celui qui est mort le dernier, la donation serait caduque, faute de pouvoir prouver la survie du donataire (1), quandbien même, d'après les présomptions de survie établies aux art. 721 et 722, le donataire serait

(1) Ainsi que nous l'avons démontré au tom. VI, n° 49 et suivans.

censé avoir survécu, à raison de l'âge ou du sexe ; car ces présomptions ne sont applicables qu'en matière de succession légitime (1). Et si la donation était mutuelle ou réciproque, elle serait sans effet de part et d'autre, faute de cette preuve de survie.

Mais s'il s'agit d'une simple donation de biens présens, comme elle a effet sur-le-champ, sauf la révocation, à la volonté du donateur, et la caducité par suite *du prédécès du donataire*, c'est aux héritiers du donateur, comme dans le cas d'une donation faite avec stipulation du droit de retour, à prouver qu'en effet le donataire a prédécédé, ou que leur auteur a révoqué avant sa mort.

Cette donation, à la différence de celle de biens à venir, ou de tout ou partie des biens que le donateur laissera au jour de son décès, ne serait pas rendue nulle par la mort civile du donateur ; à ce cas nous appliquerions parfaitement les lois romaines citées ci-dessus, et la donation par là deviendrait même irrévocable. Mais la mort civile du donataire n'empêcherait pas le donateur de révoquer, puisqu'il le peut toujours dans toute espèce de donation entre époux faite pendant le mariage (art. 1096).

Dans l'insuffisance, disons mieux, dans l'obscurité de la loi sur les effets de ces sortes de donations, nous croyons que ces décisions peuvent être adoptées sans inconvéniens, et que ce sont celles qui peuvent le mieux s'accorder avec les principes. Il

(1) *Voy.* Tom. VI, n° 49 et suivans, précités.

ne faut pas perdre de vue que ces donations sortent des règles ordinaires, et qu'il est impossible par conséquent d'en déterminer les effets d'après les seuls principes rigoureux du droit. Aussi les époux feront-ils sagement de prendre la voie du testament : ils préviendront des difficultés, souvent embarrassantes.

779. Les rédacteurs du Code n'ayant établi aucunes règles spéciales sur les manières dont l'époux donateur pourrait révoquer les donations par lui faites à son conjoint pendant le mariage, par acte entre-vifs, il est à croire qu'ils ont entendu s'en référer à cet égard à celles qu'ils avaient déjà consacrées pour la révocation des dispositions testamentaires. En conséquence, il convient de se reporter à ce que nous avons dit plus haut sur ce point (1). Ainsi, les testamens postérieurs à la donation peuvent la révoquer, et ceux qui contiendraient des dispositions incompatibles avec elle, la révoqueraient pareillement dans tout ce qui serait contraire, quoiqu'ils ne continssent pas de clause de révocation expresse. De là, une donation universelle, serait révoquée par un legs universel postérieur, bien que le testament ne renfermât pas une clause de révocation formelle, à moins toutefois qu'il ne résultât de l'ensemble de l'acte, que le

(1) Et *voy.* aussi ce qui a été dit à cet égard au tome précédent, n° 357 et suivans.

testateur a entendu aussi que la donation subsisterait, faisant le legs de l'universalité dans la vue du cas où le donataire ne recueillerait pas la disposition faite à son profit. Alors il y aurait concours.

Ces donations sont donc toujours réduites avant les donations entre-vifs irrévocables, quoique celles-ci fussent postérieures.

SECTION II.

De la quotité de biens dont les époux peuvent disposer au profit l'un de l'autre, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage.

SOMMAIRE.

780. *Observation préliminaire.*

§ Ier.

De la quotité disponible entre conjoints, lorsque le donateur ne laisse pas d'enfans d'un précédent mariage.

781. *Texte de l'art.* 1094.

782. *Ce que peut donner l'époux à son conjoint, lorsqu'il laisse des ascendans.*

783. *La faculté de lui donner aussi l'usufruit de la réserve des ascendans n'est pas une disposition heureusement conçue.*

784. *Observations sur le cas où, avec des ascendans, il existe des frères ou sœurs.*

785. *Le disponible établi au profit du conjoint dans le cas où il y a des ascendans peut être réparti entre les tiers et l'époux.*

786. *Mais non pas en ce sens que l'usufruit de la réserve des ascendans, ou sa valeur, puisse profiter à un autre qu'à l'époux : Arrêt contraire de la Cour de Lyon.*

787. *Quand l'époux laisse des enfans, le disponible au profit du conjoint est tantôt plus fort, tantôt plus faible que le disponible ordinaire.*

788. Le quart en propriété *dans l'art.* 1094, *doit être entendu du quart en toute propriété.*

789. *Le legs universel fait au conjoint n'est pas nul quoiqu'il y ait des enfans.*

790. *Se borne-t-il, à la volonté des enfans, à la moitié en usufruit seulement? il comprend le plus fort disponible.*

791. *Cas où il en serait autrement.*

792. *L'époux peut distribuer le plus fort disponible, soit de l'art.* 913, *soit de l'art.* 1094, *entre d'autres et son conjoint, pourvu qu'aucun d'eux ne reçoive au-delà de ce qui a pu lui être donné, et sans toutefois que l'étranger puisse, même dans les limites du disponible qui lui est relatif, profiter de l'excédant de celui qui est relatif au conjoint, dans le cas où ce dernier excéderait le premier.*

793. *Développemens et démonstrations de cette proposition par divers exemples pour le cas où il n'y a qu'un enfant.*

794. *Application du principe au cas où il y a trois enfans ou un plus grand nombre.*

795. *Suite, pour le cas où il y a deux enfans; difficultés qu'il présente à cause de l'usufruit.*

796. *Observation générale sur ce qui précède.*

797. *Mode de réduction à suivre quand les diverses libéralités sont excessives; en général l'art.* 926 *est applicable aussi à ces cas.*

798. *Le mineur, pendant le mariage, ne peut donner à son conjoint que la moitié de ce qu'il pourrait lui donner s'il était majeur; peut-il disposer à son profit par acte entre-vifs? renvoi.*

§ II.

De la portion de biens que peut donner à son nouveau conjoint l'homme ou la femme qui laisse des enfans d'un autre lit.

814. *Mais généralement non de la convention d'une somme pour habits de deuil.*

815. *Ces donations, faites par le contrat de mariage, sont irrévocables comme les autres; elles sont seulement réductibles, s'il y a lieu; règles à suivre pour opérer la réduction.*

816. *La réduction de l'excédant du disponible de l'art.* 1098 *n'a lieu qu'autant qu'il existe des enfans du premier mariage.*

817. *Mais alors elle profite à tous les enfans indistinctement.*

818. *Il faut, pour qu'ils puissent la demander, qu'ils se portent héritiers du donateur, au moins bénéficiairement;* secùs *dans l'ancienne jurisprudence.*

819. *Les créanciers du donateur n'ont pas l'action en réduction, et ils ne peuvent en profiter.*

820. *Il en est de même de ses légataires et donataires.*

821. *La masse se compose suivant les règles ordinaires; conséquence pour calculer ce qu'a pu recevoir le nouvel époux.*

822. *Le rapport ne lui est pas dû par les héritiers du donateur; cependant il peut en profiter indirectement; en quel sens.*

823. *La donation d'une quotité des biens à venir faite au nouvel époux s'augmente virtuellement par la mort de l'un des enfans, en ce sens qu'elle peut par là atteindre le quart.*

824. *Quelle est la quotité de la donation* d'une part d'enfant *lorsque tous les enfans ont prédécédé le donateur? Sous le Code elle n'est que du quart, d'après l'intention probable du donateur.*

825. *Le prédécès de tous les enfans fait rentrer dans le droit commun toute donation ou legs faits au nouvel époux.*

826. *La donation* d'une part d'enfant *est conditionnelle de sa nature, et devient par conséquent caduque par le prédécès du donataire.*

827. *Elle ne passe pas aux enfans du mariage, même quand elle aurait été faite par le contrat de mariage.*

§ III.

Des avantages indirects ou déguisés, ou faits par personnes interposées.

780. Quant à la quotité de biens dont les époux peuvent disposer au profit l'un de l'autre, soit par le contrat de mariage, soit pendant le mariage, il y a une première distinction à faire entre le cas où le donateur ne laisse point d'enfans issus d'un précédent mariage, et le cas contraire.

Il y en a une autre, à faire aussi, dans la première hypothèse, entre le cas où l'époux laisse des descendans, et celui où il laisse des ascendans.

Nous distinguerons soigneusement ces cas.

§ Ier.

De la quotité disponible entre conjoints, lorsque le donateur ne laisse pas d'enfans d'un précédent mariage.

781. L'art. 1094 porte : « L'époux pourra, soit « par contrat de mariage, soit pendant le ma- « riage, pour le cas où il ne laisserait point d'enfans « ni descendans, disposer en faveur de l'autre époux, « en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer « en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usu- « fruit de la totalité de la portion dont la loi pro- « hibe la disposition au préjudice des héritiers.

« Et pour le cas où l'époux donateur laisserait « des enfans ou descendans, il pourra donner à « l'autre époux, ou un quart en propriété, et un « autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses « biens en usufruit. »

782. Expliquons d'abord le premier cas.

Si donc l'époux laisse des ascendans dans l'une et l'autre ligne, n'importe le nombre dans chacune d'elles, il peut donner à son conjoint la moitié de ses biens, et l'usufruit de l'autre moitié.

S'il n'en laisse que dans une ligne seulement, il peut donner au conjoint les trois quarts en propriété, et l'usufruit de l'autre quart. (Art. 915 et 1094 combinés.)

783. On a fait remarquer, avec raison, que cette

disposition de l'art. 1094 n'avait pas été assez réfléchie (1). Le droit de réserve des ascendans se borne, dans ce cas, à la nue propriété seulement ; et comme ils sont plus âgés d'une génération que l'époux donataire, du moins généralement, ils ne jouiront que rarement des biens ; en sorte que s'ils ont des besoins, ils seront réduits à vendre, et quelquefois à très vil prix, la nue propriété qui leur est réservée, tandis qu'il eût été plus convenable qu'elle fût conservée dans la famille. Dès qu'on voulait étendre la faculté de disposer en faveur du conjoint, il eût encore mieux valu, selon nous, permettre à l'époux de lui donner, outre le disponible ordinaire, la nue propriété de la portion attribuée par le droit commun aux ascendans, en leur réservant l'usufruit ou jouissance de cette même portion.

La loi est donc susceptible d'amélioration sous ce rapport.

784. Observons toutefois que, lorsque les ascendans existans sont autres que les père et mère de l'époux décédé, et que celui-ci laisse des frères ou sœurs, ou descendans d'eux, qui ne renoncent pas tous à sa succession, il n'est pas dû de réserve aux

---

(1) M. Jaubert a dit pour la justifier, sur l'objection qui fut faite au Conseil-d'État, « que la mort de l'un des époux ne devait pas changer « la position de l'autre, surtout pour des droits qui ne sont ouverts que « par l'interversion des lois de la nature. »

Mais cette réponse, selon nous, ne signifie rien ; car nécessairement la position de l'époux survivant est bien changée par la mort de son conjoint, en ce qui concerne les biens de celui-ci. La femme d'ailleurs n'avait pas la jouissance des biens de son mari.

ascendans, d'après la combinaison de la seconde partie de l'art. 915 avec l'art. 750, et suivant ce que nous avons établi précédemment (1); par conséquent, l'époux a pu donner à son conjoint, comme à un étranger, tout ce que bon lui a semblé, puisqu'il n'est rien réservé par la loi aux frères et sœurs (art. 916).

Supposons en effet que l'époux ait laissé une portion quelconque de ses biens sans disposition, par exemple la vingtième partie ; cette partie ne peut être recueillie que par les frères et sœurs, s'ils le veulent, à l'exclusion des ascendans autres que les père et mère. Cela résulte évidemment de l'art. 750, qui accorde toute la succession indistinctement aux frères et sœurs dans ce cas, à l'exclusion des ascendans et des autres collatéraux, sans en assigner une portion quelconque, à titre de réserve, à ces mêmes ascendans, et qui attribue par la même raison aux frères et sœurs tout ce dont le défunt n'a pas disposé. Car il est clair que s'il n'avait disposé que d'un vingtième, les frères et sœurs auraient droit aux autres dix-neuf vingtièmes, de la même manière qu'ils auraient droit à la totalité, s'il n'y avait eu aucune disposition ; que s'il avait disposé de la moitié seulement, ou des trois quarts, les frères et sœurs auraient eu le surplus. Pour pouvoir prétendre le contraire, il faudrait soutenir aussi que l'art. 750 n'attribue pas

(1) *Suprà* n° 193, et tome précédent, n°s 310 et 311.

toute la succession aux frères et sœurs, à l'exclusion des ascendans; qu'il réserve implicitement à ceux-ci la portion qui leur est réservée par la première partie de l'art. 915. Mais un pareil système, qu'on aurait pu adopter dans le Code sans inconvénient, loin de là, et qui aurait prévenu toute difficulté sur le point en question, est malheureusement insoutenable devant cet art. 750, qui ne réserve rien du tout aux ascendans. Or, si les frères et sœurs eussent eu la totalité, s'il n'y avait pas eu de dispositions, ils ont ce qui reste, à l'exclusion des descendans autre que les père et mère, lorsqu'il y en a. Les ascendans n'étant pas alors dans l'ordre où la loi les appelle à succéder, ils n'ont point de réserve; et comme les frères et sœurs n'en ont jamais, l'époux a pu disposer au profit de son conjoint comme bon lui a semblé.

Mais si tous les frères et sœurs ou enfans de frères ou sœurs prédécédés renoncent, alors les ascendans se trouvent dans l'ordre où la loi les appelle à succéder (art. 785), et l'époux n'a pu disposer au profit de son conjoint que dans les limites fixées par l'art. 1094 (1).

785. S'est présentée la question de savoir si la division du disponible établi par l'art. 1094, première partie, peut s'opérer en faveur d'un tiers, c'est-à-dire si l'époux peut disposer au profit de ce

---

(1) Ainsi que nous l'avons de même démontré aux endroits précités.

tiers et de son conjoint, de tout ce dont il peut disposer au profit de ce dernier, ou s'il ne le peut qu'au profit de celui-ci ; s'il peut en un mot donner à un tiers le disponible ordinaire de l'art. 915, et en outre à son conjoint l'usufruit de la portion réservée aux ascendans?

D'abord, il est incontestable que s'il avait déjà donné à des tiers la valeur du disponible ordinaire, par des actes irrévocables, comme des donations entre-vifs de biens présens ou des institutions contractuelles, rien ne l'empêcherait de donner encore l'usufruit de la réserve des ascendans à son conjoint. On serait tout-à-fait dans l'esprit de l'art. 1094, qui a étendu, en faveur du conjoint, le disponible ordinaire, en l'augmentant de cet usufruit. Car si le défunt pouvait faire l'une et l'autre disposition au profit du conjoint, il a bien pu ne lui donner que l'usufruit seulement ; qui peut le plus, peut le moins ; et il ne peut pas y avoir lieu à réduire le don du disponible ordinaire fait auparavant à des tiers, puisqu'il n'y a point excès à leur égard, ni à l'égard de personne.

786. Mais il y a plus de doute lorsque le don fait à l'époux est de l'usufruit de la réserve des ascendans, et que le disponible ordinaire est donné à des tiers par des actes postérieurs, ou par le même acte.

La question s'est présentée à la Cour de Lyon, et elle a été jugée dans le sens favorable au dispo-

nible le plus étendu (1). Dans l'espèce, le sieur Tardy, décécé en 1820, avait laissé pour plus proches parens sa mère et un neveu. Par son testament il avait légué à son épouse l'usufruit du quart des biens formant la réserve de sa mère, et institué ce neveu son légataire universel.

Le tribunal de Bourg, considérant que l'art. 1094 n'étend le disponible ordinaire qu'en faveur du conjoint, et non en faveur des tiers, et que l'époux n'avait pu par une voie indirecte faire profiter le neveu, légataire universel, de l'excédant de ce disponible, décida, en conséquence, que la mère devait avoir son quart en toute propriété à titre de réserve, sauf à l'épouse et au légataire à s'arranger entre eux comme ils l'entendraient (2).

Sur l'appel, la Cour de Lyon a réformé, « attendu, a dit la Cour, que l'art. 915 du Code établit « dans les successions de ceux qui meurent sans « postérité, une réserve légale d'un quart des biens « en faveur de celui des ascendans qui a survécu ; « mais que l'art. 1094 permet à l'époux de grever « cette réserve de l'usufruit en faveur de son con- « joint ; attendu que cette disposition ne fait aucune « distinction entre le cas où la portion disponible

(1) Arrêt du 29 janvier 1824. Sirey, 25-2-47.

(2) Par là le tribunal avait probablement voulu ne rien préjuger sur le point de savoir si la réduction du quart en nue propriété faite au profit de la mère, pour sa réserve, devait s'opérer uniquement sur le legs universel, ou si le legs du quart en usufruit fait à l'épouse ne devait pas y contribuer dans la proportion de sa valeur comparée au surplus des biens, conformément à l'art. 926.

« serait donnée à l'épouse ou à toute autre personne;
« qu'elle est, au contraire, générale et absolue, et
« que les magistrats ne peuvent se dispenser de
« l'appliquer dans tous les cas : met l'appellation et
« ce dont est appel au néant ; émendant, dit qu'il a
« été mal jugé, etc. »

Nous ne saurions souscrire à cette décision ; les premiers juges, selon nous, avaient bien mieux saisi l'esprit de la loi. Nous ne pouvons nous persuader que son intention ait été le moins du monde de faire profiter des étrangers de la faculté accordée à l'époux d'étendre son disponible au préjudice de la réserve des ascendans, si fortement réduite par l'exercice de cette faculté.

Que l'on suppose, en effet, que l'époux ait donné à son conjoint, par contrat de mariage, la totalité du disponible ordinaire : lui sera-t-il encore permis de grever par des actes postérieurs, par exemple, par son testament, la réserve des ascendans d'un droit d'usufruit au profit d'un étranger? Mais où en serait le motif? est-ce en faveur de cet étranger que la loi a étendu la faculté de disposer? Pas le moins du monde : l'art. 1094 dit formellement que c'est en faveur de l'époux, et il ne le dirait pas, que la chose n'en serait pas moins évidente.

Nous admettons bien, dans le second cas de l'art. 1094, où il y a des enfans, que le plus fort disponible, soit celui de cet article, soit celui de l'art. 1094, peut être réparti entre le conjoint et d'autres personnes, mais c'est en ce sens que le do-

nataire ou légataire étranger ne peut jamais profiter de la faculté accordée aux époux, par cet art. 1094, d'étendre, dans certains cas, le disponible ordinaire en faveur du conjoint, ainsi que nous l'expliquerons bientôt, au surplus. Au lieu que dans l'espèce jugée par la Cour de Lyon, cette extension n'a profité qu'au légataire universel.

Voici où conduirait le système adopté par cette Cour, c'est que si l'époux n'eût légué qu'un écu à son épouse, il eût encore pu grever de l'usufruit la réserve de l'ascendant au profit de l'étranger uniquement, en lui donnant aussi le disponible ordinaire ; car il n'eût également donné à sa femme qu'une portion de ce qu'il eût pu lui donner. Or, oserait-on soutenir que s'il ne lui eût rien donné du tout, il eût pu également ne laisser à l'ascendant que la nue propriété de sa réserve ? Mais c'eût été une violation manifeste de l'art. 915, et l'art. 1094 n'aurait fourni aucun appui à une telle prétention, puisque cet article règle ce qu'il est permis de donner au conjoint, et qu'il devient dès lors étranger à une cause à laquelle ce conjoint est lui-même étranger. Et comme dans l'ordre moral rien et presque rien sont la même chose, le don de la plus petite somme fait au conjoint ne saurait fournir un prétexte de méconnaître ainsi le véritable esprit de la loi. Qu'importe, après cela, que l'on dise qu'il doit être indifférent à l'ascendant, qui n'est point appelé à recueillir la succession du conjoint (son gendre ou sa bru), que l'usu-

fruit de la réserve soit donné à un étranger ou à ce conjoint : cela ne lui importe pas en effet, si la disposition est valable ; mais le législateur a eu de bonnes raisons pour la permettre au profit du conjoint, et néanmoins pour la défendre en faveur d'une autre personne. On a sans doute quelquefois par le moyen d'un autre un droit que l'on n'aurait pas de son chef, et sans parler des exemples que nous fournit le droit romain à cet égard, le Code nous en offre plusieurs que nous avons déjà eu occasion de faire remarquer ; mais du moins c'est parce que la personne sur laquelle on s'appuie a elle-même aussi le droit dont il s'agit, et une autre personne, qui n'aurait pas qualité de son chef pour le réclamer, est néanmoins admise avec elle à le recueillir; tandis que dans l'espèce, c'est vraiment l'étranger seul qui recueille l'usufruit de la réserve de l'ascendant, et il n'était appelé ni directement ni par le moyen d'une autre personne, à le recueillir : on ne pouvait pas le lui donner avec effet.

Nous pensons donc que le legs universel devait être réduit, afin que la réserve de l'ascendant fût entière ; et, de plus, que pour la fournir, le legs universel devait seul être diminué ; qu'il n'y avait pas lieu, dans ce cas particulier, d'appliquer l'article 926, parce que la volonté du testateur, de laisser intact à son épouse l'usufruit du quart, n'était pas douteuse. C'était une délibation du legs universel.

A plus forte raison, dans le cas que nous avons

supposé, où le don fait à l'étranger est postérieur à la donation irrévocable du disponible ordinaire faite au profit du conjoint, ce don ne peut-il porter atteinte à l'usufruit de l'ascendant. Le donateur n'a rien plus à donner quand il a donné le disponible ordinaire, sauf l'extension établie à l'art. 1094, mais elle ne l'est qu'au profit du conjoint.

L'époux donataire de l'usufruit de la portion réservée aux ascendans doit leur fournir caution, attendu que la loi ne l'en dispense pas (art. 601); le donateur ne pourrait même l'en dispenser. Il ne le pourrait qu'à l'égard des biens dont il eût pu disposer en toute propriété ; et, dans ce cas-là même, s'il ne l'a pas dispensé de donner caution, elle doit être fournie (*ibid.*).

787. Quand l'époux laisse des enfans ou descendans issus du mariage, ou d'un mariage postérieur (1), il peut ou il a pu disposer, avons-nous dit, au profit de l'autre époux, du quart en propriété et d'un autre quart en usufruit, ou de la moitié en usufruit seulement.

Mais il est évident que ces libéralités ne peuvent concourir, dans toute leur étendue, avec celles autorisées par l'art. 913 en faveur d'un enfant ou d'un étranger, aussi dans toute leur étendue, puisque si

(1) Car le disponible, lorsqu'il y a des enfans d'un mariage antérieur, même un seul, n'est pas le même, ainsi que nous le verrons bientôt.

un père qui n'a qu'un enfant donnait à son épouse un quart en propriété et un quart en usufruit, et à un étranger la moitié de tous ses biens, il ne resterait à l'enfant qu'un quart en nue propriété seulement ; tandis qu'il doit avoir dans tous les cas la moitié au moins des biens en toute propriété. Et si, lorsqu'il y a trois enfans ou un plus grand nombre, le père pouvait donner le quart à un étranger, et à son épouse un autre quart en propriété et un quart en usufruit, l'on sent que la réserve des enfans se réduirait à presque rien. Ce système est donc inadmissible. Nous verrons tout à l'heure comment on doit faire concourir l'un et l'autre disponible.

La loi, dans l'art. 1094, pour régler le disponible en faveur du conjoint, ne considère pas le nombre d'enfans : ce disponible est le même, soit qu'il y en ait trois ou un plus grand nombre, soit qu'il n'y en ait qu'un seul. D'où il suit qu'il est tantôt plus fort, tantôt moins fort que le disponible ordinaire fixé par l'art. 913.

Il est plus fort d'un quart en usufruit lorsqu'il y a trois enfans ou un plus grand nombre ; et il est même plus fort lorsqu'il y a deux enfans, attendu que généralement un quart en toute propriété et un quart en usufruit valent plus qu'un tiers en toute propriété, qui forme le disponible ordinaire dans ce cas.

Mais lorsqu'il n'y a qu'un seul enfant, le disponible au profit du conjoint est moins fort d'un

quart en nue propriété, de ce qu'il est au profit d'un étranger. Car l'époux ne peut pas donner au conjoint au delà de ce qui est fixé par l'art. 1094, quoiqu'il puisse donner le surplus à un étranger (1).

788. Nous disons *un quart en toute propriété et un quart en usufruit*; l'on peut néanmoins contester jusqu'à un certain point cette interprétation, et elle l'a même été devant la Cour de Bruxelles, qui a toutefois proscrit (2) la prétention que l'époux n'avait pu donner à son conjoint qu'un quart en nue propriété et un autre quart en usufruit, où la moitié en usufruit seulement.

L'on peut dire en effet que si la loi eût entendu un quart en toute propriété et un autre quart en usufruit, il n'y avait pas besoin d'ajouter, *ou la moitié des biens en usufruit seulement:* cela allait de soi, puisqu'un quart en toute propriété et un quart en usufruit comprennent nécessairement, et bien au delà, la moitié en usufruit, et dès lors qu'il était surabondant de permettre à l'époux de donner au conjoint la moitié en usufruit; car qui peut le plus peut le moins. Or, une loi, comme la clause d'un contrat, et mieux encore s'il est possible, parce

---

(1) La Cour de Nîmes, conformément à ces principes, a jugé, par arrêt du 20 juillet 1807, rapporté dans le *Recueil de jurisprudence du Code civil*, tom. XI, pag. 333, qu'un père ayant un enfant n'avait pu donner à son épouse qu'un quart en toute propriété et un quart en usufruit, ou la moitié des biens en usufruit seulement.

(2) Par son arrêt du 21 juillet 1810. *Recueil de Denevers*, année 1811, supplément, pag. 12.

qu'elle a été mieux méditée, doit être entendue dans un sens suivant lequel elle puisse produire quelqu'effet, plutôt que dans le sens selon lequel elle n'en produirait aucun ; et les derniers mots de l'art. 1094, *ou la moitié en usufruit seulement*, n'ont aucun sens (1), si le quart en propriété doit être entendu *d'un quart en toute propriété*.

On peut ajouter que le mot *propriété*, mis par opposition, dans la même loi, au mot *usufruit*, s'entend généralement de la nue propriété seulement ; et quant à l'objection tirée de ce que, si les rédacteurs du Code avaient entendu parler d'un quart en nue propriété et d'un quart en usufruit, ils eussent mieux fait de dire tout simplement, *un quart en toute propriété*, en laissant l'alternative de la moitié en usufruit, on répond que telle n'a pas été leur intention; qu'ils n'ont voulu établir sur ce quart, indépendamment de la nue propriété, qu'une jouissance qui devait s'éteindre à la mort du conjoint. Cette interprétation de leur intention paraît d'ailleurs

---

(1) M. Delvincourt cherche toutefois à leur en donner un. Suivant lui, « l'on peut dire que ces mots ont été ajoutés dans la prévoyance « du cas où l'époux donataire étant fort âgé, l'on aurait pu prétendre « que la donation des trois quarts en usufruit, par exemple, n'excédait « pas celle du quart en propriété, et du quart en usufruit, et néanmoins « que l'on n'a pas voulu que la donation, même simplement en usu- « fruit, excédât jamais la moitié de la succession, quel que fût d'ailleurs « l'âge du donataire. »

Cette interprétation nous paraît bien divinatoire, et nous doutons très fort que la pensée des rédacteurs de l'article se soit portée sur ce cas. Nous aurions plus d'un motif pour justifier nos doutes, mais cela serait sans beaucoup d'intérêt.

d'autant plus probable, que l'alternative d'un quart en nue propriété et d'un quart en usufruit, ou de l'usufruit de la moitié, présente des dispositions de valeur analogue, et non des dispositions de valeur très différente, comme dans le sens de la première interprétation. Enfin, entendue de cette manière, la loi a eu un but raisonnable, en ajoutant ces mots, *ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement;* tandis qu'elle n'en a pas, dans ces expressions, si elle a voulu conférer à l'époux le droit de donner à son conjoint la moitié en usufruit et un quart en nue propriété; car cette moitié en usufruit seulement se trouve évidemment dans un quart en toute propriété et dans un autre quart en usufruit, et bien au delà, puisque ce n'est pas seulement un usufruit qui subsiste sur le premier quart, c'est une propriété ordinaire, valant beaucoup mieux qu'un quart en nue propriété et un autre quart en usufruit, attendu que la jouissance n'en étant point séparée, elle n'est pas sujette à s'éteindre par la mort du conjoint donataire.

Malgré la force de ces objections, que l'on a mal à propos affecté de mépriser, en traitant d'esprit de cupidité et de chicane l'interprétation des enfans, nous avons toujours pensé que l'article devait être entendu dans le sens d'un quart en toute propriété et d'un autre quart en usufruit, ou de la moitié de tous les biens en usufruit seulement. Nous sommes portés à le juger ainsi par le sens que les rédacteurs du Code ont at-

taché au mot *propriété* dans le même article, à la première partie, où évidemment il signifie la toute propriété du disponible ordinaire, puisque l'époux peut même donner encore à son conjoint l'usufruit des biens réservés aux ascendans. Or, tout porte à croire qu'il a été employé dans le même sens dans la seconde partie, et que les mots qui terminent l'article, *ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement*, ont été mis comme pour exprimer une alternative dont beaucoup d'époux ayant des enfans voudraient faire usage, plutôt que de donner en nue propriété.

789. Lorsque l'époux ayant enfans fait un legs universel au profit de son conjoint, le legs n'est pas nul pour cela; il est seulement réductible, comme s'il eût été fait au profit d'une autre personne. Le conjoint, que la loi favorise généralement par l'article 1094, ne peut pas être dans ce cas de pire condition qu'un étranger; ce serait absurde.

790. Mais à quoi sera réduit le legs dans ce cas, ainsi que dans celui où l'époux donne ou lègue à son conjoint *tout ce dont il peut disposer*, *ou tout ce dont il peut disposer en sa faveur*, ou même simplement *son disponible*, *ou sa quotité disponible*?

Le conjoint a droit au plus fort disponible. Cela ne saurait, selon nous, souffrir le moindre doute (1),

---

(1) M. Grenier dans ses premières éditions avait cependant écrit que les enfans étant débiteurs sous une alternative, le choix leur

car dans tous ces cas l'époux donateur a donné son disponible le plus étendu, tout ce que peut comprendre ce disponible, par conséquent le droit, pour l'époux donataire, de le réclamer suivant son plus grand avantage. Ce n'est point là une dette alternative, dans laquelle le débiteur a le choix, s'il n'a pas été réservé au créancier (art. 1190); c'est le legs le plus étendu que l'époux ait pu faire à son conjoint.

791. Il en serait autrement, s'il eût légué en ces termes : *Je lègue à mon épouse le quart de mes biens en propriété et le quart en usufruit, ou la moitié de tous mes biens en usufruit seulement :* dans ce cas, le legs serait réellement fait sous une alternative, et le choix, pour n'avoir pas été réservé à l'épouse, appartiendrait aux enfans, comme débiteurs du legs, puisque ce sont eux qui, comme saisis de plein droit, sont chargés d'en faire la délivrance (art. 1011). A plus forte raison leur appartiendrait-il, si le testateur leur avait adressé la parole par la clause, quoiqu'il ne leur eût pas donné formellement l'option ; par exemple s'il avait dit : *Je charge mes enfans de remettre à leur mère un quart de mes biens en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié en usufruit seulement.* Ce serait un legs *per dam-*

---

appartenait; mais il a retracté cette opinion dans sa troisième édition, tom. II, n° 450, en se rangeant à celle de MM. Delvincourt et Toullier.

nationem, qui les constitueraient débiteurs, mais sous une alternative, comme dans le droit romain (1).

792. Nous avons dit que tantôt le disponible fixé par l'art. 1094 en faveur du conjoint est plus fort que celui fixé par l'art. 913, et tantôt moins, et que l'époux ne peut donner l'un et l'autre dans toute leur étendue. Mais il peut toujours donner le plus fort, pourvu que l'excédant de l'un sur l'autre ne soit donné qu'à celui qui est capable de le recevoir, soit le conjoint, soit un étranger ou un enfant.

Ainsi, rien n'empêche l'époux de faire tout à la fois, par le même acte ou par des actes divers, des donations ou legs à son conjoint et à des tiers, ou à tel ou tel de ses enfans, sauf la réduction, s'il y a lieu, conformément aux art. 920 à 930 analysés et combinés (2).

---

(1) Même sous Justinien, qui a supprimé par sa constitution, qui est la loi 1re, Cod. *commun. de legat. et fideicomm.*, les différences qui existaient entre les anciens modes de léguer.

(2) *Voy.* au tome précédent, n° 327, l'arrêt de la Cour de Toulouse, du 1er février 1827, rendu dans l'espèce d'une donation faite par un mari à sa femme, par le contrat de mariage, de l'usufruit de la totalité des biens, et d'un legs fait à un tiers, dans le cas où le disposant avait laissé un enfant : la Cour a ordonné que la donation de l'usufruit de tous les biens faite à la femme serait d'abord réduite à la moitié de cet usufruit avant de réduire le don fait à l'étranger.

Mais remarquez bien que le disponible ordinaire n'a point été dépassé; tandis que dans l'espèce jugée par la Cour de Lyon, dont nous venons de parler, *suprà* n° 786, il l'a été mal à propos, selon nous, au profit du légataire universel, en tant que celui-ci a eu aussi l'usufruit de la réserve de l'ascendant, usufruit qui ne pouvait être donné qu'au conjoint, d'après l'art. 1094.

Toute la difficulté, en ce cas, est de bien fixer ce que l'époux a pu donner soit au conjoint, soit à un étranger ou à un enfant, et de déterminer comment la réduction doit s'opérer, s'il y a excès dans les libéralités.

En effet, sera-ce l'art. 913 ou bien l'art. 1094, qui servira de règle pour déterminer quelle doit être l'étendue des dispositions ?

Tantôt l'un, tantôt l'autre, en prenant pour régulateur celui qui autorisera les plus fortes libéralités, eu égard à la qualité du donataire, à qui le défunt pouvait donner la portion la plus considérable ; c'est-à-dire qu'on suivra tantôt l'art. 913, tantôt l'art. 1094, selon que l'un ou l'autre, appliqué au cas en question, laissera plus d'étendue aux libéralités, pourvu du reste que l'époux ne soit pas favorisé, à l'aide de l'art. 913, au delà de ce que l'art. 1094 permet seulement de lui donner, et *vice versâ*, pourvu que l'étranger ou l'enfant ne le soit pas, à l'aide de l'art. 1094, au delà de ce que l'art. 913 permettrait de lui attribuer. C'est le principe qui a été adopté par plusieurs Cours, et qui est le plus conforme à la raison et à l'esprit de la loi dans l'ensemble de ses dispositions, qui veulent être coordonnées, et non prises isolément.

793. L'application de ce principe va devenir sensible par des exemples.

S'il n'y a qu'un enfant, l'époux ne peut toujours donner à son conjoint qu'un quart en toute pro-

priété et un quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement (1094); mais rien ne l'empêche de donner à un étranger la nue propriété d'un autre quart (913). Et il est indifférent, dans ce cas, que le don fait à l'étranger soit antérieur à celui fait au conjoint, ou qu'il lui soit postérieur : aucun des donataires n'a reçu plus qu'il ne pouvait recevoir, et le donateur n'a rien donné au delà de ce dont il pouvait disposer d'après le droit commun. Aussi aucune difficulté ne saurait s'élever sur ce cas.

Il en serait de même si l'époux avait donné à l'étranger la moitié de son bien en nue propriété, et à son épouse la moitié en usufruit seulement : aucun d'eux n'aurait reçu plus qu'il ne pouvait recevoir du donateur, et celui-ci n'aurait pas disposé au delà de ce qu'il pouvait donner de droit commun. La date des actes serait donc également indifférente.

S'il avait donné la moitié de son bien en toute propriété par un acte irrévocable, il ne pourrait plus, ayant un enfant, disposer de rien (913), même au profit de son conjoint : autrement il faudrait aller jusqu'à dire qu'il peut encore donner à ce dernier tout le disponible de l'art. 1094, et réduire ainsi l'enfant à un quart en nue propriété seulement; or un tel système serait contraire au bon sens, à l'équité et à l'esprit de la loi, puisque l'enfant ne jouirait de rien pendant la vie de sa mère, et pourrait de la sorte mourir sans avoir joui personnelle-

ment d'aucune portion des biens de son père. Ainsi, pas le moindre doute que l'art. 1094 ne doive se coordonner avec l'art. 913, et que, dans ce cas, l'époux ne puisse plus user de la faculté que cet article lui accordait, *mais conditionnellement*, de disposer au profit de son conjoint : il l'a épuisée. La réserve ne peut être grevée que de l'un ou de l'autre disponible, ou, en d'autres termes, du disponible établi par l'un ou l'autre de ces articles (1); seulement on peut la grever du disponible le plus étendu, pourvu encore que ce soit au profit de la personne en faveur de laquelle la loi l'a établi.

Si l'époux avait seulement donné la moitié en usufruit à l'étranger, et que l'usufruit subsistât encore à sa mort, ou s'il lui avait légué cet usufruit, il pourrait encore disposer au profit de son conjoint, d'un quart en toute propriété; mais il ne pourrait rien lui donner au delà, ni en propriété, ni en usufruit : en propriété, parce qu'il ne peut jamais disposer à son profit au delà du quart; en usufruit, parce que l'enfant doit avoir au moins la moitié des biens francs de tout usufruit.

Et s'il avait donné à l'étranger le sixième seulement de ses biens en toute propriété, et à son épouse le tiers ou les quatre douzièmes, le total des deux dispositions n'excéderait pas, il est vrai, le disponible ordinaire de l'art. 913, mais le don

(1) *Voy.* l'arrêt de rejet du 21 juillet 1813, confirmatif d'une décision de la Cour de Toulouse, du 13 août 1810. Sirey, 1813-1-441.

fait à l'épouse excéderait le disponible établi en sa faveur par l'art. 1094, et ce don serait réduit d'un douzième quant à la nue propriété seulement; car ce n'est qu'à cet égard qu'il était excessif. Enfin, s'il avait donné à son épouse, par acte irrévocable, un quart en propriété et un autre quart en usufruit, il ne pourrait plus donner à d'autres qu'un quart, et en nue propriété seulement. Mais s'il avait donné un quart en toute propriété à son épouse, par acte irrévocable, il ne pourrait pas, selon nous, donner ensuite à une autre personne un quart en propriété et un quart en usufruit, mais seulement un quart en propriété; tandis qu'il eût pu donner ce quart en propriété et ce quart en usufruit à son épouse, nonobstant le don du quart en propriété déja fait à un autre par acte irrévocable. Car l'extension du disponible, établie par l'art. 1094, ne l'a été qu'en faveur du conjoint, qui doit pouvoir en profiter dans tous les cas; mais cela n'empêche pas l'application du droit commun aux étrangers. Or, quand l'époux a disposé irrévocablement de tout ou partie de son disponible ordinaire en faveur de son épouse, qui peut comme tout autre le recevoir dans les limites tracées par l'art. 1094, cet époux ne peut plus disposer encore de ce même disponible en faveur de qui que ce soit, ou disposer de la partie dont il a déja disposé.

Les dons de corps certains seront estimés, et, avec ceux de sommes, on formera fictivement des

quotités, après avoir déduit toutes les dettes, et s'il y a excès de ces quotités fictives, on réduira les libéralités excessives. A cet effet, on suivra les règles tracées aux art. 923 et suivans. Mais nous reviendrons tout à l'heure sur ce point.

794. Si nous supposons trois enfans ou un plus grand nombre, le père peut donner à son épouse un quart en propriété et un quart en usufruit, ou la moitié de ses biens en usufruit seulement (1094), mais il ne peut donner à un étranger, ou même à un enfant, que le quart en toute propriété (913).

Dans ce cas, il peut se borner à donner à son épouse l'usufruit de la moitié, et la nue propriété d'un quart à un étranger ou à un enfant; les autres n'auraient point à se plaindre : le plus fort disponible n'aurait pas été dépassé, puisque le père eût pu donner le tout à son épouse, et qu'aucun des donataires n'aurait reçu plus qu'il ne pouvait recevoir. On ne pourrait pas dire en effet qu'il a donné à l'étranger, à la faveur de l'art. 1094, plus qu'il ne pouvait lui donner; car si l'on combine le don qu'il lui a fait avec celui qu'il a fait à son épouse, il n'a pas dépassé le disponible ordinaire de l'art. 913, en admettant que l'usufruit soit de la moitié de la valeur de la propriété; ce que nous allons au surplus examiner.

Au lieu que s'il donnait à son épouse l'usufruit d'un huitième, et à l'étranger ou à un enfant, outre le quart en toute propriété, un autre huitième en usu-

fruit, ce dernier don serait réductible, bien que toutes les libéralités réunies n'excédassent pas, dans ce cas, le disponible de l'art. 1094; mais c'est parce qu'elles excéderaient celui de l'art. 913, l'étranger ou l'enfant ne pouvant recevoir au delà du quart des biens.

795. Lorsqu'il y a deux enfans, et que le père a fait des dons en propriété et en usufruit à son épouse et à d'autres personnes, le calcul du disponible le plus étendu en faveur du conjoint ou d'un tiers, présente plus de difficulté, parce que nous n'avons pas de règle dans le Code qui détermine la valeur de l'usufruit, comparée à celle de la propriété. Au contraire, les rédacteurs du Code ont évité de faire cette estimation, attendu que la durée de l'usufruit étant incertaine, sa valeur, par cela même, n'est pas susceptible d'une appréciation exacte. Et c'est par cette raison que, dans l'art. 917, ils ont donné aux héritiers à réserve, grevés du legs d'un usufruit ou d'une rente viagère, le droit, ou d'abandonner la quotité disponible en nature, ou d'exécuter la disposition suivant sa forme et teneur. Toutefois, il est des cas où cette appréciation est indispensable (1), et celui dont il s'agit peut être de ce nombre; car l'abandon du disponible ordinaire, conformément à cet art. 917, pourrait n'être pas suffisant, à raison de l'extension de la faculté de disposer donnée aux époux en faveur l'un de l'autre par l'art. 1094.

---

(1) Nous en avons donné plusieurs exemples, tome précédent, n° 345 et suivans. *Voy.* aussi au tom. IV, n° 632, note.

Ainsi, supposons qu'un père ayant deux enfans ait donné à l'un deux, par acte entre-vifs et par préciput, le tiers de ses biens : cette donation est irrévocable, et non réductible (art. 913).

Mais elle est généralement moins forte que le don du quart en toute propriété et du quart en usufruit, autorisé par l'art. 1094 en faveur du conjoint, si l'on estime, suivant l'usage, l'usufruit à la moitié de la valeur de la toute propriété. En effet, dans cette supposition, le don du quart en toute propriété serait de $6/24^{\text{mes}}$; celui de l'usufruit d'un quart serait de $3/24^{\text{mes}}$: total, $9/24^{\text{mes}}$; tandis que le don du tiers des biens fait à l'enfant est de $8/24^{\text{mes}}$ seulement : différence de $1/24^{\text{me}}$. La donation faite à l'épouse, du quart en propriété et du quart en usufruit, serait donc réductible de ce 24me. Tandis que, suivant notre manière d'entendre la loi, en combinant ses diverses disposions et en entrant dans son esprit, si le don fait à l'épouse était antérieur, et par acte irrévocable, le père n'eût rien pu donner à l'enfant, attendu que la valeur du disponible ordinaire eût été épuisée par le don fait à l'épouse. La réserve de l'autre enfant étant alors seulement de la moitié des trois quarts en propriété, diminuée encore de l'usufruit qu'a la mère sur l'un de ces quarts, au lieu d'être du tiers, comme dans les cas ordinaires lorsqu'il y a deux enfans, il n'y a pas de raison pour la diminuer davantage.

Mais observons que, dans cette espèce d'une donation de valeur du tiers des biens faite d'abord

à l'un des enfans par acte irrévocable, et hors part, le père ne pouvait plus rien donner en propriété à son épouse : il n'a pu lui donner qu'en usufruit seulement; en sorte que le don fait à cette dernière ne consistera, en définitive, qu'en usufruit. Et en estimant, comme nous venons de le faire, la jouissance à la moitié de la propriété, nous trouvons que le 24me que l'épouse pouvait recevoir en sus du disponible ordinaire de l'art. 913, donné en totalité à l'un des enfans, est d'un 12me en usufruit. En conséquence, c'est à cela que se réduit le don fait à l'épouse.

La Cour de Toulouse, par son arrêt du 20 juin 1809 (1), a jugé dans le même sens; elle a considéré que, dans l'usage, on donne à la jouissance la moitié de la valeur de la propriété; et c'est en effet cette évaluation qui a été adoptée par la loi du 22 frimaire an VII (art. 14, § 9 et 11 et art. 15, § 8), pour la perception du droit d'enregistrement.

La même Cour l'a jugé une seconde fois, par arrêt du 13 août 1810, et sa décision a été confirmée par la Cour de cassation, le 21 juillet 1813 (2), sur le motif « qu'en évaluant dans sa sagesse, et par « induction tirée soit de la loi du 28 ventôse an II, « soit de divers articles du Code, l'usufruit de la « moitié des biens à un quart desdits biens, la Cour « n'a violé aucune loi, etc. »

Mais que l'on remarque bien que nous n'entendons pas dire par là que les tribunaux doivent né-

(1) Sirey, 10-2-13.

(2) Sirey, 13-1-441.

cessairement suivre ce mode d'évaluation; nous croyons, au contraire, que l'on doit aussi se déterminer par l'âge de la personne et les autres circonstances du fait. C'est ce que nous avons déjà dit au tome IV, nº 632 (note). Seulement nous disons ici qu'on peut suivre cette évaluation, et qu'il faut en faire une pour que la volonté des disposans soit exécutée et que la loi ne soit pas méconnue; pour que le donataire ou légataire ait, autant que possible, ce que le donateur ou testateur a entendu lui donner, mais qu'il n'ait pas au delà de ce que le Code a permis de lui accorder.

Ces notions suffisent pour régler tous les autres cas qui peuvent se présenter.

796. La doctrine de M. Toullier sur ce point nous a paru être semblable à la nôtre; toutefois nous ne nous sommes pas aperçu qu'il ait fait la différence que nous faisons à raison de l'antériorité des actes irrévocables. Il paraît décider d'une manière absolue que, dans le cas où l'époux a fait des libéralités à des tiers et à son conjoint, l'on doit s'attacher tantôt à l'art. 913, tantôt à l'art 1094, suivant que l'un ou l'autre autoriserait, dans le cas dont il s'agirait, les plus fortes dispositions; tandis que nous mettons à cette décision une limitation importante, savoir, qu'il en doit bien être ainsi toutes les fois que l'époux aura disposé en dernier lieu au profit de son conjoint, mais non pas lorsque, après avoir donné à celui-ci, par le contrat de mariage, le disponible ordinaire, l'époux voudrait, à la faveur de l'ar-

ticle 1094, dépasser ce disponible au profit d'un étranger ou même d'un enfant, en lui donnant ce que cet article permettrait d'attribuer au conjoint en sus de ce même disponible. Ce n'est pas pour d'autres que pour les époux que cet article a été introduit.

797. Quant au mode de réduction, lorsque les donations sont excessives, l'on suit les règles ordinaires, puisqu'il n'y en a pas de spéciales dans le Code pour ce cas.

En conséquence, si les libéralités ont été faites par des actes entre-vifs et par des actes révocables, la réduction porte d'abord sur les legs et sur les donations qui auraient été faites entre époux pendant le mariage; puis sur la dernière donation entre-vifs irrévocable, et en remontant aux plus anciennes, conformément à la règle générale établie par l'article 923, et à ce que nous avons développé au tome précédent.

Si les libéralités faites en faveur du conjoint et d'un étranger ou d'un enfant, ont été faites par le même testament, ou par des testamens divers mais ne révoquant point explicitement ni implicitement les dispositions antérieures, pour cause d'incompatibilité, on suit aussi la règle générale de l'art. 926, qui veut que la réduction soit faite au marc le franc, sans distinction entre les dispositions universelles et les dispositions particulières, à moins que le testateur n'eût manifesté la volonté que l'une d'elles fût acquittée de préférence (art. 927).

En sorte que si un père ayant trois enfans ou plus, a, par son testament, légué à son épouse le quart en propriété et le quart en usufruit, et à l'un de ses enfans le quart en propriété, aucun des dons pris isolément n'excède le disponible de l'article 1094 ou de l'art. 913; mais réunis ils excèdent ce dont le testateur pouvait disposer : il y a donc lieu à réduction, et, suivant M. Toullier (1), elle doit être faite au marc le franc, à peine de violation de l'art. 926. Dans ce cas il y aurait encore nécessité d'estimer ce que peut valoir l'usufruit du quart donné à l'épouse, et si l'on décide qu'il est de la moitié de la toute propriété du quart, il serait par conséquent de 3|24, qui, joints aux 6|24 donnés en pro-

---

(1) Tom. V, n° 872.

M. Grenier, qui avait aussi admis dans la première édition de son ouvrage, la réduction au marc le franc pour les dons testamentaires faits à un époux et à un étranger ou à un enfant, a prétendu) dans la seconde, tom. II, pag. 311), que les Cours de Turin et d'Agen se sont formellement prononcées contre cette réduction, par leurs arrêts des 15 avril et 22 août 1810, et qu'elles ont décidé que l'article 926 ne pouvait recevoir d'application à ces legs; et il essaie de justifier cette décision.

Mais M. Toullier (au même endroit), dit que ces Cours n'ont point jugé que l'art. 926 n'était pas applicable à ces dons, et que si elles l'eussent décidé en droit, leur décision eût été exposée à la cassation. Il est vrai qu'elles ont fait la réduction suivant les circonstances de la cause ; et il est même à remarquer que dans l'espèce de l'arrêt de Turin, les dons avaient été faits par un mari ayant enfans d'un premier lit, ce qui ne permettait pas qu'ils excédassent jamais le quart.

Dans le cas traité au n° 786, *suprà*, nous n'avons pas fait porter la réduction sur l'usufruit du quart laissé à l'épouse, parce qu'il nous a semblé que, dans l'espèce, la volonté du testateur était contraire; et nous voudrions que l'étranger ne profitât jamais de l'extension donnée à la faculté de disposer par l'art. 1094.

priété aussi à cette dernière, formeraient 9|24 : le don fait à l'enfant étant du quart en propriété, il est par conséquent de 6|24 : total, 15|24. Mais comme les dons réunis ne pouvaient excéder 9|24 d'après l'article 1094, qui autorise cependant dans ce cas le plus fort disponible, ils sont réductibles de 6|24, réduction qu'ils doivent supporter proportionnellement suivant M. Toullier, savoir, celui de l'épouse pour 9|24, et celui de l'enfant pour 6|24. En sorte qu'en supposant une succession de 24,000 fr., le don fait à l'épouse, qui est d'une valeur de 9,000 fr., doit être réduit de 3,600 fr. et ramené à une valeur de 5,400 fr. ; celui de l'enfant est réduit de 2,400 fr. et se trouve être en définitive de 3,600 f. ; total 9,000 f. donnés, et qui ont pu l'être en vertu de l'art. 1094 ; quoique, d'après l'art. 913, le père ayant trois enfans ou plus, n'eût pu donner au delà du quart, ou de 6,000 fr.

798. Suivant l'art. 904, le mineur âgé de seize ans ne peut donner par testament que la moitié de ce dont il pourrait disposer s'il était majeur : donc, il ne peut donner à son conjoint que cette moitié ; car il ne pourrait donner qu'une pareille quotité même à son ascendant, même à son enfant. C'est ce que nous avons démontré au tome précédent, (nº 187), où nous citons un arrêt de la Cour de Paris, du 11 décembre 1812 (1), qui a jugé en ce sens.

---

(1) Sirey, 13-2-52.

Et sa *capacité* serait la même, encore qu'il mourût en majorité avec le même testament (1).

Enfin, sur la question de savoir si un mineur peut disposer au profit de son conjoint, pendant le mariage, par acte entre-vifs, *voy.* pareillement ce qui a été dit au tome précédent, n° 184.

§ II.

De la portion de biens que peut donner à son nouvel époux l'homme ou la femme qui laisse des enfans d'un précédent mariage.

799. « L'homme ou la femme qui, ayant des en-
« fans d'un autre lit, contracte un second ou sub-
« séquent mariage, ne peut donner à son nouvel
« époux qu'une part d'enfant légitime le moins pre-
« nant, et sans que, dans aucun cas, ces donations
« puissent excéder le quart des biens » (art. 1098).

800. Quoique le mot *enfans* soit ici employé au plurier, néanmoins le droit est le même encore qu'il n'y eût qu'un enfant. On l'a toujours entendu ainsi, et la défense de donner au delà du quart confirmerait, s'il en était besoin, cette interprétation. D'ailleurs, ce n'est pas le seul exemple dans le Code où le mot *enfans*, mis au plurier, s'entend égale-

(1) *Voy.* aussi au tome précédent, n° 175 et 188. Sous ce premier numéro nous citons les arrêts de la Cour de Lyon et ensuite de la Cour de cassation, qui ont consacré le principe que celui qui a fait un testament en minorité, et qui est mort ensuite en majorité avec le même testament, n'a pu donner par cet acte que la moitié de ce dont il eût pu disposer s'il eût été majeur au moment où il le faisait.

ment d'un seul enfant : l'art. 960, entre autres, nous en fournit un.

801. Le principe de la disposition de notre article 1098 se trouve dans la célèbre loi *Hac Edictali*, 6, au Code, *de secundis nuptiis*. Cette loi portait, en substance, défense à un époux ayant des enfans d'un premier lit, de donner à son nouveau conjoint au delà d'une part d'enfant *le moins prenant*, et elle ordonnait que tout ce qui excéderait demeurerait inutile et retranché.

L'*Edit des secondes noces*, rédigé par le chancelier de l'Hospital, et promulgué par François II, avait maintenu cette disposition. Cet édit avait deux chefs.

Par le premier il était ordonné à l'époux remarié de conserver, conformément aux lois 3 et 5 au Code, *de secundis nuptiis*, aux enfans de son premier lit, tout ce qu'il avait reçu de son premier époux, en sorte qu'il n'en avait plus que l'usufruit.

Cette disposition n'a pas été maintenue par le Code.

Le second chef consacrait la disposition de la loi *Hac Edictali*, au même titre : toutefois il ne l'avait appliquée qu'aux femmes remariées ; mais la jurisprudence l'avait étendue aux hommes, et c'est en ce sens que nous la retrouvons dans le Code civil, mais avec cette disposition additionnelle, que, quel que soit le nombre d'enfans, la donation au profit du nouvel époux ne peut jamais excéder le quart ; tandis que, d'après l'édit et la loi romaine, le second époux pouvait recevoir une part d'enfant *le*

moins prenant, soit qu'elle s'élevât ou non au delà du quart. On a pensé que l'époux se porterait plus facilement à donner à son nouveau conjoint, au préjudice de ses enfans du premier lit, qu'il ne donnerait à des étrangers; et d'après un principe d'une application assez fréquente dans les lois (1), on a voulu lui interdire ce qu'il ne ferait que trop volontiers, en lui laissant néanmoins la libre disposition d'une certaine portion de biens.

802. Il résulte donc de l'art. 1098 combiné avec l'article 913, que, si l'époux, lorsqu'il donne à son nouveau conjoint, a déjà disposé d'une partie de ses biens, il peut, il est vrai, épuiser en sa faveur ce qui lui reste de disponible; mais il ne peut aller au delà, et il ne le peut toujours qu'en lui donnant une part d'enfant le moins prenant, sans que le don puisse jamais excéder le quart.

Il résulte aussi de notre article 1098 que, si, à raison de l'existence d'un enfant naturel reconnu, qui a des droits sur la succession, ou à raison d'un préciput fait à l'un des enfans, soit du premier lit, soit du second, n'importe, les enfans légitimes, dans le premier cas, et les autres enfans dans le second, se trouvaient réduits à une part inférieure à celle qu'ils auraient eue sans ces circonstances, le

(1) *Passim videmus ea sola in legibus prohiberi quæ facilè fieri possunt cùm lex ea fieri non vult, non quæ difficulter.* Vinnius *ad* Instit. *tit. quibus alienare licet, vel non licet; princip.*

nouvel époux ne pourrait toujours avoir au plus qu'une part égale à celle de l'enfant qui prendrait le moins.

Par exemple, huit enfans (d'un premier lit et du second mariage, cela est indifférent dès qu'il y en a d'un premier lit, ne fût-ce qu'un seul); 60,000 fr. de biens au décès toutes dettes déduites; donation de 6,000 fr. par préciput à l'un d'eux, ou à un étranger, peu importe. Reste encore 9,000 fr. de disponible ordinaire (913), mais comme chacun des huit enfans ne peut avoir cette somme dans les 54,000 fr. restans, et que le nouvel époux ne peut avoir qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, ces 54,000 fr. doivent se diviser fictivement en neuf parts, ce qui donnera un disponible de 6,000 fr. seulement ou profit du nouvel époux, et s'il a reçu au delà, il y sera réduit.

Il ne faut pas en effet opérer en fixant d'abord la part de chacun des enfans dans les 54,000 fr. restans, ce qui ferait pour chacun 6,750 fr., et déterminer le disponible en faveur du nouvel époux sur l'une de ces parts; car il ne pourrait être tel que par leur réduction, attendu que l'on ne peut trouver neuf fois 6,750 fr. dans une somme de 54,000 fr., et le nouvel époux ne peut rien avoir au delà de ce qu'a l'enfant le moins bien partagé.

D'un autre côté, il ne faut pas opérer de manière que le nouvel époux n'eût aucune portion dans ce qu'on voudrait d'abord lui retrancher. Par exemple, dans l'espèce d'une succession de 72,000 fr. et quatre

enfans, et d'un don à l'époux de 24,000 fr.; comme chaque enfant, abstraction faite de ce don, aurait eu 18,000 fr., il ne faut pas partir de là pour retrancher d'abord 6,000 fr. au nouvel époux, qui en a eu 24,000, et répartir ces 6,000 fr. entre les quatre enfans seulement, ce qui donnerait à chacun d'eux 1,500 fr. de plus qu'à l'époux donataire; au contraire, celui-ci a droit aussi au cinquième de ces 6,000 fr, ou à 1,200 fr. En sorte qu'en définitive, comme il doit avoir le cinquième des 72,000 fr., il lui revient 14,400 fr., et il serait réduit de 9,600 fr.

S'il n'y avait qu'un seul enfant, le nouvel époux ne pourrait toujours recevoir que le quart, mais le surplus de la quotité disponible pourrait être donné à d'autres personnes, comme dans les cas ordinaires.

803. Si l'époux qui se remarie n'a que des petits-enfans, ces petits-enfans issus du même père ou de la même mère les représentent, et ne comptent à eux tous que pour l'enfant dont ils descendent (article 914) (1).

804. Comme l'édit des secondes noces défendait aux veuves ayant enfans de donner à *leurs nouveaux maris* au delà d'une part d'enfant le moins prenant, on interprétait ces expressions, *à leurs nouveaux maris*, dans un sens collectif, et non dans un sens distributif; comme si la loi avait dit : la femme ne

---

(1) *Voy.* tome précédent, nos 289 et 290.

pourra donner *à tous ses maris* ensemble qu'une part d'enfant : d'où l'on concluait que celle qui avait déjà donné cette part à un second mari ne pouvait rien donner à un troisième.

L'art. 1098 ne réclame pas une telle interprétation, loin de là : il se borne à défendre à l'homme ou à la femme ayant des enfans d'un autre lit, et qui contracte un second ou un *subséquent* mariage, de donner à *son nouvel époux* au delà d'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans que jamais cette part puisse excéder le quart.

M. Toullier convient que ce texte n'est pas aussi favorable que celui de l'édit à l'interprétation ci-dessus, mais cependant qu'il faut l'entendre dans le même sens qu'on entendait l'édit, parce que, autrement, il s'ensuivrait, dit-il, que le Code qui a voulu, à l'égard de ceux qui ont des enfans d'un premier lit, restreindre au dessous de la portion disponible, fixée par l'art. 913 la faculté de disposer en faveur d'un nouvel époux, l'aurait imprudemment augmentée. Supposons, ajoute M. Toullier pour démontrer une chose qui n'avait pas besoin de l'être, qu'un veuf ayant trois enfans donne entre-vifs à une seconde épouse, par contrat de mariage, un corps certain équivalant au quart de son bien ; la donation n'est pas excessive, puisque chacun des trois enfans a également un quart. Cette seconde épouse meurt, laissant à des collatéraux le don qu'elle avait reçu de son mari. Si celui-ci, en épousant une troisième femme, pouvait encore lui

donner quelque chose, il est évident qu'il excéderait la quotité permise par l'art. 913, quotité que l'art. 1094 ne permet d'excéder en faveur d'une épouse, qu'à celui qui n'a point d'enfant d'un premier lit ; tandis que le Code restreint cette quotité à l'égard de celui qui a déjà des enfans.

On est réellement étonné du motif que donne M. Toullier à l'appui de sa décision. Ce jurisconsulte n'a réellement pas vu la question sous son véritable jour. Tout le monde lui accordera sans peine qu'une homme ne peut pas donner indistinctement à ses diverses épouses, le disponible fixé par l'article 1098, et il ne serait venu dans l'esprit de personne d'interpréter la loi en ce sens ; mais il ne faut pas conclure de là qu'en permettant à un homme, qui a déjà donné une part d'enfant à une seconde épouse, de donner encore quelque chose à une troisième femme, elle aurait imprudemment, et contre son vœu, augmenté la faculté de disposer dans ceux qui, ayant enfans, passeraient à de nouvelles noces ; non, cela ne serait pas : le droit commun s'y opposerait. Mais d'un autre côté, le droit commun repousse la décision de ce jurisconsulte, et l'art. 1098 ne la soutient pas davantage.

Par exemple, qu'un veuf ayant un enfant donne le quart à sa seconde épouse, et puis un autre quart à une troisième, quelle est la disposition de la loi qui se trouve blessée ? aucune : ce n'est pas celle de l'art. 913, puisque le disponible ordinaire n'est point dépassé ; ce n'est pas non plus celle de l'ar-

ticle 1098, puisqu'aucune des deux épouses n'a reçu au delà de la quotité fixée par cet article ; enfin, ce n'est pas non plus l'art. 1094, vu qu'il étend, loin de le restreindre, le disponible de ce même art. 1098, et que le don fait à chacune des deux femmes n'excède pas la quotité qu'il détermine. Ainsi, sous aucun rapport, la décision de M. Toullier ne peut se soutenir, et les motifs qu'il en donne n'ont réellement pas trait à la question.

805. Mais ce n'est pas seulement aux donations directes et ouvertes qu'est applicable l'art. 1098, il l'est aussi aux cas où il résulterait du système de communauté adopté par les époux, des avantages en faveur du nouveau conjoint plus grands que ceux que permet cet article ; et ces avantages peuvent naître de la confusion du mobilier et des dettes (art. 1496), ou de l'attribution au nouvel époux de la totalité de la communauté, d'après l'article 1515, ou de la stipulation d'un préciput à son profit (art. 1515 et 1527), etc.

806. Par exemple, la femme qui a des enfans d'un premier lit, et qui a seulement pour 20,000 fr. de dettes, met dans la communauté pour 40,000 fr. de mobilier; et le mari met seulement pour 20,000 fr. de mobilier, et il a 40,000 fr. de dettes.

Les dettes de l'un et de l'autre sont tombées à la charge de la communauté.

Toutes compensations faites, la femme a mis en réalité 20,000 fr. dans la communauté, et le mari

a chargé la communauté de 20,000 fr. : différence de plus en moins d'une somme de 40,000 fr.

Si la femme accepte la communauté, elle aura avantagé son mari de 20,000 fr. : savoir, de 10,000 fr. résultant de l'inégalité des apports, et de 10,000 fr. à cause de l'inégalité des dettes. Et si elle renonce à la communauté sans reprendre ses apports, parce qu'elle n'en aurait pas stipulé la reprise, comme elle perd tout ce qui y est entré de son chef (art. 1492), mais cependant que ses 20,000 fr. de dettes resteront à la charge du mari ou des héritiers de celui-ci, elle se trouvera aussi l'avoir avantagé de 20,000 f., mais de cette somme seulement.

807. Pothier (1) n'avait aucun égard aux successions mobilières échues pendant le mariage à la personne ayant enfans d'un premier lit ; et M. Toullier a adopté sa décision. Il ne s'attachait qu'à l'inégalité des apports lors du mariage (encore quand cette inégalité était au désavantage de l'époux remarié), parce qu'elle présente quelque chose de déterminé et de certain ; tandis que les successions échues depuis la célébration du mariage n'offrant rien de certain et de déterminé, on ne peut pas dire, ajoute Pothier, que l'époux, par l'adoption du régime en communauté, a voulu avantager son nouveau conjoint au moyen de ces successions.

Nous ne saurions nous ranger à cette décision

(1) *Contrat de mariage*, n° 553, il cite à l'appui de son sentiment, Bretonnier sur Henrys.

sous le Code : l'art. 1527 ne fait aucune distinction; bien mieux, il est exclusif de toute distinction à ce sujet. Il porte : *Toute convention qui tendrait dans ses effets*, etc.; or celle dont il s'agit tendait à faire entrer les successions dans la communauté : c'était là un de ses effets. D'ailleurs, comme l'observe très bien M. Delvincourt, qui est de notre avis sur ce point, l'art. 1496 porte, sans faire aucune distinction entre le mobilier échu pendant le mariage et celui apporté lors du mariage, que les enfans du premier lit ont l'action en retranchement, *si la confusion du mobilier et des dettes opérait*, *au profit de l'un des époux, un avantage supérieur à celui qui est autorisé par l'article* 1098. Or, l'on ne peut nier que cette confusion n'existe aussi bien pour le mobilier échu pendant le mariage que pour celui échu depuis.

Si la succession échéait au nouvel époux, qui a fait d'abord un apport moins considérable que son conjoint, elle rétablirait plus ou moins l'égalité, et il faudrait bien certainement alors la prendre en considération, dans l'esprit de cet article, pour en appliquer la disposition. Pourquoi donc en serait-il autrement quand la succession échoit à l'époux ayant enfans? D'ailleurs, qu'importe qu'il ait voulu ou non procurer un avantage à son nouvel époux? il l'a fait, et cela suffit. Sa convention tendait *dans ses effets* à lui procurer cet avantage, et l'art. 1527 n'exige pas autre chose. Il sera même bien rare que les époux ne portent point leur regard sur les successions qui, selon les probalités,

peuvent échoir à celui qui se remarie. En un mot, le Code ne distingue pas; au contraire, il exclut toute distinction.

808. Et quand bien même les époux n'auraient pas fait de contrat de mariage, les art. 1496, 1527 et 1098 combinés, n'en seraient pas moins applicables; car ils auraient tacitement adopté le régime de la communauté légale, sachant ou étant censés savoir que ce serait ce régime qui régirait leurs intérêts matrimoniaux. C'est comme s'ils avaient fait une *convention* à cet égard : c'en serait une tacite.

809. Au surplus, suivant l'art. 1527 lui-même, les simples bénéfices résultans des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoiqu'inégaux, des deux époux, ne sont pas considérés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit.

810. Cette disposition ne doit toutefois s'appliquer qu'aux cas où la communauté est partagée avec le conjoint dont les revenus étaient de beaucoup plus considérables que ceux du nouvel époux, parce qu'alors on peut supposer que l'opulence de cette communauté a pu provenir aussi des travaux de ce dernier, ainsi que de l'ordre et de l'économie qu'il a apportés dans l'administration du ménage. Mais l'on ne peut compenser l'inégalité des revenus, lorsque l'époux qui avait les plus considérables ne

prend point part à la communauté, parce qu'il a été stipulé, en vertu de l'art. 1525, qu'elle appartiendrait en totalité au nouvel époux. Dans ce cas, il y a réellement avantage indirect, pour ce dernier, de toute la différence qui a existé entre les revenus respectifs, et dès lors il y a lieu d'appliquer l'article 1527 dans sa première disposition.

C'est ce qu'a décidé la Cour suprême, par arrêt de cassation, le 24 mai 1808 (1). Dans l'espèce, les deux époux étaient veufs l'un et l'autre et avaient tous deux des enfans. Ils avaient adopté le régime de la communauté, et avaient stipulé qu'elle appartiendrait *au survivant*. Les apports du mari étaient évalués à 22,497, et ceux de la femme à 39,500 fr.

La femme survécut; elle ne demandait pas que les apports du mari ne fussent pas comptés dans ce dont il pouvait disposer en sa faveur, mais elle prétendait que les bénéfices faits pendant le mariage, et qui étaient assez considérables, ne fussent pas regardés comme un avantage fait au préjudice des enfans du premier lit du mari; en conséquence, elle voulait qu'ils ne fussent pas imputés sur les dons qui lui avaient été faits par le mari.

La Cour de Douai avait accueilli ces conclusions, mais sa décision a été cassée, nonobstant la double circonstance, 1° que la communauté n'avait pas été stipulée uniquement au profit de la femme, mais

---

(1) En réformant un arrêt de la Cour de Douai, du 19 novembre 1806. Sirey, 1808-1-328.

bien au profit du survivant indistinctement, ce qui faisait de la clause un contrat aléatoire, exclusif par conséquent de l'intention, dans le mari, d'avoir voulu avantager sa nouvelle épouse au détriment de ses enfans du premier lit (1); et 2° que les apports de la femme survivante étaient de beaucoup supérieurs à ceux du mari.

Par son arrêt, le Cour de cassation a jugé deux choses : 1° que la convention par laquelle la totalité de la communauté appartiendra *au survivant* des époux, convention permise par l'art. 1525, doit être modifiée dans ses effets par l'art. 1527, première partie combinée avec l'article 1098; et 2° que la seconde disposition de cet art. 1527 ne doit pas être entendue du cas où une stipulation appellerait le nouvel époux, même en cas de survie seulement, à la totalité de la communauté, au préjudice des enfans d'un premier lit du conjoint; que, dans ce cas, tout ce qui excède la moitié des bénéfices faits sur les revenus égaux ou inégaux des conjoints au profit du nouvel époux, doit être regardé comme un avantage fait à celui-ci, imputable par conséquent sur ce dont l'époux ayant enfans d'un premier lit pouvait disposer en sa faveur.

811. Pothier (2) agite la question de savoir si

---

(1) Cela confirme encore notre décision sur le cas où des successions mobilières sont échues pendant le mariage à l'époux ayant enfans.

(2) *Traité du contrat de mariage*, n° 552.

l'industrie du nouveau mari peut compenser l'excédant d'apport de la femme ayant enfans d'un premier lit. En principe, il décide par la négative, mais il admet cependant cette compensation lorsque le nouveau mari a une industrie ou état dont les produits sont très considérables, et ont grandement augmenté la communauté.

Nous partageons son sentiment, et, comme lui, nous décidons la question d'après les circonstances de la cause, en n'admettant cette compensation que lorsque ces circonstances seraient très favorables.

812. La convention par laquelle on fixerait comme à forfait la part de la seconde épouse dans la communauté, et qui lui attribuerait une somme supérieure à celle qu'elle aurait eue dans le partage, serait aussi regardée comme un avantage à son profit (1); pourvu toutefois qu'elle lui attribuât des valeurs au dessus de celles qui seraient entrées de son chef dans la communauté lors du mariage ou pendant le mariage.

813. Enfin la clause de préciput au profit de la seconde femme peut également contenir un avantage à son profit, en considérant les apports respectifs des époux, soit lors du mariage, soit pendant le mariage. L'art. 1516 dit bien, il est vrai, que le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux *formalités* des donations, mais comme une

(1) Pothier, *ibid*, n° 556.

convention de mariage. Toutefois, cela n'empêche pas qu'au *fond* il ne puisse constituer une véritable libéralité. Il faudrait donc l'apprécier suivant les circonstances, en raison des apports respectifs des époux; et si la seconde femme l'avait stipulé même en cas de renonciation à la communauté, et qu'elle renonçât en effet pour l'exercer, il serait généralement réputé avantage pour ce qui excéderait ce qui serait entré du chef de la femme dans la communauté.

814. La stipulation d'une somme pour habits de deuil, renfermée dans des limites raisonnables, suivant l'état et la fortune des parties, ne serait point regardée comme un avantage.

Au surplus, nous aurons encore occasion, en traitant du *contrat de mariage*, de revenir sur ces points et d'entrer dans de plus grands détails.

815. Quoique ces donations aient été vues avec peu de faveur par le législateur, néanmoins, faites par le contrat de mariage, elles sont irrévocables comme les autres, dans les limites autorisées. Elles sont seulement réductibles en cas d'excès, comme le sont celles faites pendant le mariage. A cet égard l'on observe les règles suivantes :

1° Si la donation faite à d'autres qu'au nouvel époux est antérieure à celle faite à ce dernier, et qu'en même temps elle soit irrévocable (1), elle

(1) Elle pourrait ne l'être pas, sans supposer pour cela que c'est

doit être exécutée de préférence à celle faite à l'époux ; par conséquent, si elle est du disponible fixé par l'article 913, celle faite à l'époux est caduque : si elle n'absorbe pas ce disponible, celle faite à l'époux s'exécute dans les termes de l'article 1098.

2° Il en est de même si celle faite au nouvel époux, quoiqu'antérieure, est néanmoins révocable pour avoir été faite pendant le mariage ; car le donateur la révoque par cela seul qu'il fait une nouvelle libéralité qui, étant incompatible avec la précédente, doit anéantir ou diminuer les effets de la première, suivant ce que nous avons dit en parlant de la révocation des dispositions testamentaires, et de celles des donations faites pendant le mariage. Nous supposons, au surplus, l'incompatibilité réelle des deux libéralités.

3° Si la donation faite à l'époux est antérieure, et si elle est irrévocable, elle est maintenue de préférence à la donation postérieure, mais en observant la différence du disponible en faveur d'un nouvel époux et du disponible en faveur de tout autre.

---

un legs ou une institution contractuelle : par exemple si elle consistait dans un objet dont le donateur s'était réservé la faculté de disposer en faisant une donation dans les termes de l'art. 1086, cette réserve, suivie de la disposition de l'objet, aurait en effet révoqué le don de ce même objet. On trouverait encore d'autres exemples ; car, l'on sent que pour les testamens, quelle que soit leur date, ils sont toujours censés postérieurs à une donation entre-vifs irrévocable, puisqu'ils sont censés faits au jour du décès, du moins en ce qui concerne la réduction (art. 923).

Si les deux disponibles sont égaux (1), la donation faite à l'étranger postérieurement à celle de l'époux qui comprendrait tout le disponible, est annulée.

Si le disponible en faveur de l'époux est moindre que le disponible en faveur de tout autre, la donation faite en faveur de l'étranger est réduite de ce qu'a reçu légalement l'époux, et se borne à la différence.

4° Enfin, si les deux dons révocables, *putà* s'ils sont faits l'un et l'autre par testament, par le même acte ou par des actes divers, mais dont l'un ne révoque pas l'autre parce qu'il n'y a pas incompatibilité, attendu, par exemple, qu'ils sont de sommes, alors il y a lieu à la réduction au marc le franc, conformément à l'article 926, et sous la modification apportée par l'article 927; de manière toutefois que le don fait à l'époux n'excède pas la part d'un enfant le moins prenant, et jamais le quart.

On agirait de la même manière si le don fait au nouvel époux avait eu lieu par acte entre-vifs, pen-

---

(1) Ils sont égaux dans le cas où le donateur a trois enfans ; il peut donner le quart au nouvel époux comme à un étranger ou à un enfant, puisque la part de chaque enfant est du quart par le concours de l'époux donataire. Mais quand il y a plus ou moins de trois enfans, le disponible en faveur de l'époux est nécessairement moindre que celui établi en faveur de tout autre, vu qu'il ne peut jamais excéder le quart, ni être au dessus d'une part d'enfant légitime le moins prenant ; tandis que celui en faveur d'une autre personne est du quart, y eût-il dix enfans.

dant le mariage, mais d'une quote-part des biens que l'époux donateur laisserait au jour de son décès, en observant toutefois le principe de la révocation des dispositions antérieures par de postérieures lorsqu'il y a incompatibilité entre les unes et les autres. Mais si le don fait à l'époux pendant le mariage est de biens présens, par exemple d'un corps certain, il a effet du jour de sa date, sauf la révocabilité et la caducité; par conséquent, les dispositions testamentaires doivent généralement être réduites avant ce don, lors même que le testament serait antérieur.

816. La réduction des dispositions excessives faites au nouvel époux, au mépris des art. 1098, 1496 et 1527, ne peut être demandée que par les enfans du mariage antérieur, au préjudice desquels elles ont eu lieu. Ceux du second lit ne peuvent se plaindre que de ce qui aurait été donné au delà du disponible fixé par l'art. 1094 : ce n'est point dans leur intérêt qu'a été limitée la faculté de disposer au profit du nouveau conjoint. L'art. 921 réclame aussi à ce cas son application.

D'où il faut tirer la conséquence que si tous les enfans du premier lit meurent avant leur père donateur, l'art. 1098 devient inapplicable. Ceux du second lit ne peuvent attaquer, en invoquant cet article, une donation sans laquelle le mariage auquel ils doivent le jour n'aurait peut-être pas été contracté. Ils ne peuvent se plaindre que ce qui a été donné au

delà du disponible de l'article 1094. Telle était l'opinion générale des auteurs dans l'ancienne jurisprudence.

817. Mais la question de savoir si la réduction opérée sur la demande des enfans du précédent mariage ne doit profiter qu'à eux seuls, ou si elle profite aussi aux enfans du second lit, ne se décidait pas anciennement de la même manière en pays de droit écrit et en pays coutumiers.

Dans ces derniers, on avait adopté la disposition de la loi 9 au Code, *de secundis nuptiis*, qui faisait participer aux objets retranchés tous les enfans indistinctement, même ceux d'un mariage postérieur. C'était encore un de ces cas où l'on avait par le moyen d'un autre un droit que l'on n'aurait pas eu de son chef, puisque les enfans du premier lit n'avaient pas l'action en réduction (1).

Au lieu qu'en pays de droit écrit, on suivait au

---

(1) Nous avons assez souvent cité des exemples de ces cas : nous en rappellerons toutefois ici deux de ceux qu'offre le Code civil, indépendamment de celui maintenant en question : 1° La survenance d'un enfant légitime au donateur qui a adopté quelqu'un, révoque la donation, et cette révocation, qui ne s'est point opérée par l'adoption, profite à l'enfant adoptif; 2° si le grevé de restitution a laissé un enfant et des petits-enfans d'un enfant prédécédé, ces petits-enfans viennent, par représentation de leur père, à la substitution avec leurs oncles ou tantes, conformément à l'art. 1051; tandis que, d'après la manière dont on interprète généralement cet article, et dont nous l'avons interprété nous-mêmes, si tous les enfans du grevé sont morts avant lui, la substitution est caduque, nonobstant l'existence des petits-enfans.

contraire la Novelle 22, chap. 27, qui avait abrogé en ce point la loi 9 précitée, et les enfans du premier lit profitaient seuls du retranchement.

Nous pensons, dans le silence du Code, que la question doit se décider d'après les principes du droit coutumier. Si la donation excessive ne doit pas nuire aux enfans du premier lit, elle ne doit pas non plus leur profiter; or, elle leur profiterait, au détriment des enfans du second lit, si la réduction n'était prononcée que dans leur seul intérêt. En effet, si leur père donateur eût donné tout son bien à sa seconde femme, il ne resterait rien aux enfans du second mariage, ce qui serait absurde. Si le père n'eût pas donné au delà de ce qu'il pouvait donner, le surplus se serait trouvé dans sa succession, et eût appartenu à tous ses enfans indistinctement; or, l'action en réduction a pour objet de remettre les choses dans l'état où elles doivent être, et dans lequel elles auraient été sans l'excès des libéralités. On pensait même anciennement (dans les pays coutumiers, s'entend), que si les enfans du premier lit n'agissaient pas en réduction, ou renonçaient à leur action à ce sujet, ceux du second mariage n'étaient pas pour cela déchus du droit de la demander pour leur part; et cela était tout à fait juste et raisonnable. En un mot, l'action ne pouvait, il est vrai, s'ouvrir dans la personne des enfans du second lit, lorsqu'il n'en existait plus du premier au jour du décès du donateur; mais une fois ouverte au pro-

fit de ceux-ci, elle l'était dans l'intérêt de tous (1).

818. Ricard et Pothier (2) enseignent qu'il n'est pas nécessaire de se porter héritiers même bénéficiaires, pour pouvoir demander la réduction des libéralités excessives faites au nouvel époux, attendu que la loi *hâc edictali* accorde la réduction de la donation *aux enfans* sans exiger qu'ils prennent la qualité d'héritiers. Et cependant ces auteurs enseignaient, suivant les principes des pays coutumiers, qu'il fallait être héritier pour pouvoir réclamer la légitime. Mais la raison qu'ils donnent de leur décision sur le cas en question, n'est point particulière aux donations faites à un nouvel époux; elle s'applique avec la même force à toutes les donations faites par un père qui ne s'est pas remarié, et nous avons souvent démontré que pour avoir droit à la réserve, sous le Code, même par voie de retenue, il faut être héritier, au moins bénéficiairement. Aussi nous ne saurions souscrire à leur sentiment sur ce point.

819. Les créanciers de l'époux qui a fait des dons entre-vifs à son nouveau conjoint, ne peuvent de-

---

(1) Cette doctrine trouvait un appui dans la loi 10, § 6, ff. *de bonor. possess. contrà tabul.*, qui offre un autre exemple d'un cas où l'on peut avoir par le moyen d'un autre ce que l'on n'aurait pas si l'on était seul. *Voy.* aussi la L. 3, § 11, *eodem tit.*

(2) Ricard, *des donations*, part. 3, n° 1301. Pothier, *du contrat de mariage*, tom. II, n°s 568 et 590; et *des donations entre-vifs*, section III, art. 7, § 4.

mander la réduction de la donation entre-vifs, ni en profiter (art. 921) (1), sauf l'exercice de l'hypothèque, s'ils en avaient une, et sauf aussi l'annulation de la donation, si elle avait été faite en fraude de leurs droits (art. 1167).

820. Quant à ses donataires et légataires, ils ne peuvent non plus demander la réduction, ni en profiter (921); mais il faut à cet égard se reporter à ce que nous avons dit en expliquant cet article (2).

821. Pour régler la quotité dont a pu disposer le donateur, l'on doit se conformer aux règles tracées par l'art. 922; par conséquent, réunir fictivement aux biens laissés au décès, ceux dont il a été disposé entre-vifs, et calculer sur le tout, après en avoir déduit les dettes, ce que le défunt a pu donner soit à son nouvel époux, soit à d'autres.

L'époux, comme donataire, n'a pas le droit de demander la réduction des donations entre-vifs antérieures à la sienne, et même en principe, il ne peut en profiter (921); mais cela n'empêche pas que ces donations ne doivent être réunies fictivement pour faire le calcul du disponible établi en sa faveur, comme pour faire le calcul de celui établi en faveur de tout autre.

---

(1) *Voy.* toutefois en quel sens cela doit être entendu au tome précedent, n° 328 et suivans.

(2) Notamment au tome précédent, n° 326 et suivans.

822. Le rapport ne lui est pas dû par les héritiers du donateur, et cependant il peut en profiter indirectement, lorsqu'il a été opéré, en tant que la quotité qui lui aurait été donnée se prenant sur tout ce qui est à partager, elle s'en trouverait par cela même augmentée de valeur.

823. La donation faite au nouvel époux ne s'augmente pas par la mort d'un ou plusieurs enfans, lorsqu'elle est de corps certains ou de sommes, ou même d'une quotité des biens présens seulement; mais si elle est d'une quotité des biens à venir, par exemple *d'une part d'enfant*, sans autre explication, il est clair qu'elle ne peut être déterminée quant à son *quantùm*, que par le partage, et par conséquent qu'elle est plus ou moins considérable (dans les limites toutefois de l'art. 1098), selon qu'il y a plus ou moins d'enfans prenant part dans la succession : elle augmente donc ou diminue virtuellement en raison de la mort ou de la naissance d'un ou plusieurs enfans.

824. Si tous les enfans prédécédaient, qu'elle serait alors l'étendue de la donation *d'une part d'enfant?*

Ricard, et après lui Pothier (1), pensait, par argument tiré de quelques lois romaines, que le donataire devait avoir la moitié : *partis appellatio*

(1) *Du contrat de mariage*, tom. II, n° 598, et traité des *donations entre-vifs*, pag. 254.

non adjectâ quotâ, dimidia intelligitur. L. 154, § 1, ff. *de verb. signif.* Denizart rapporte un arrêt de 1763 qui l'a jugé ainsi.

M. Toullier dit, en s'appuyant de l'opinion de M. Grenier, qu'il paraît que, sous le Code, le donataire ne doit avoir en ce cas que le quart, parce que l'art. 1098 ne veut pas que la part d'enfant s'élève au dessus de ce taux, et que le donateur est censé avoir conformé sa volonté à la disposition de la loi.

C'est une question d'intention, et nous pensons en effet qu'il n'a voulu donner au plus que le quart. Donnant une *part d'enfant*, et sachant qu'une part d'enfant ne pouvait excéder le quart, c'est à cela qu'il a voulu borner sa libéralité.

825. Mais si le donateur ou testateur avait donné ou légué à son nouvel époux la moitié, ou tous ses biens, ou ce que la loi lui permettait de donner, ou des corps certains ou des sommes d'une bien plus grande valeur que le quart, le prédécès de tous les enfans empêcherait la réduction de la donation, sauf, s'il y avait lieu, la réserve des ascendans telle qu'elle est déterminée par l'art. 1094. Car ce n'est qu'en faveur des enfans et descendans que la disposition de l'art. 1098 a été portée, et les collatéraux n'ayant point de réserve, ils n'ont point d'action en réduction (art. 921). En un mot, le prédécès de tous les enfans ferait rentrer la donation dans les termes du droit commun.

826. La donation d'une *part d'enfant* est d'elle-même conditionnelle; elle participe de la nature des dispositions à cause de mort; par conséquent elle devient caduque par le prédécès de l'époux donataire (1), car ce n'est qu'à l'époque de la mort du donateur qu'elle peut être déterminée; elle a nécessairement trait à cet événement. Elle ressemble, sous ce rapport, à une institution contractuelle, et c'en est une véritable, si elle est portée dans le contrat de mariage. Dans ce cas-là même, elle n'est point censée faite au profit des enfans à naître du mariage (art. 1093), et bien moins encore au profit des autres héritiers du donataire.

827. Pothier (2) pensait toutefois que la donation d'une *part d'enfant* ne devenait caduque par le prédécès du donataire qu'autant qu'il n'y avait pas d'enfans du mariage à l'occasion duquel elle avait été faite, parce que les enfans étaient censés substitués vulgairement et tacitement au donataire; mais il conseillait néanmoins d'exprimer cette substitution.

Sous le Code (1093), le prédécès du donataire seul rend caduque une pareille donation, lors même qu'elle serait portée dans le contrat de mariage; à plus forte raison, si elle a été faite pendant le mariage (3).

---

(1) *Voy.* Pothier, *contrat de mariage*, n° 595.

(2) *Ibid.*, n° 599. M. Grenier a suivi sa doctrine, mais elle est inadmissible sous le Code.

(3) C'est aussi l'avis de M. Toullier.

§ III.

Des avantages indirects, ou déguisés, ou faits par personnes interposées.

828. Il ne suffisait pas d'interdire les avantages faits au delà des limites fixées par les art. 1094 et 1098, il fallait encore prévenir l'effet des moyens détournés employés pour dépasser ces limites en faveur du conjoint, et c'est ce qu'a fait le législateur par les art. 1099 et 1100 ainsi conçus :

« Les époux ne pourront se donner indirecte-
« ment au delà de ce qui leur est permis par les
« dispositions ci-dessus.

« Toute donation, ou déguisée, ou faite à per-
« sonnes interposées, sera nulle.

« Seront réputées faites à personnes interposées
« les donations de l'un des époux aux enfans ou
« à l'un des enfans de l'autre époux issus d'un autre
« mariage, et celles faites par le donateur aux pa-
« rens dont l'autre époux sera héritier présomptif
« au jour de la donation, encore que ce dernier
« n'ait point survécu à son parent donataire. »

Cette présomption n'admet point de preuve contraire ; en conséquence, la donation qui en serait atteinte serait par cela même nulle, suivant l'article 1352.

829. Ainsi, dans les trois cas de vente autorisée entre époux par l'art. 1595, s'il y a eu avantage in-

direct, les héritiers de celui qui l'a procuré à l'autre époux peuvent réclamer, conformément à la disposition finale de ce même article.

En traitant *des rapports* (1), nous avons dit que, dans le droit français (2), un défunt peut être considéré comme ayant procuré indirectement un avantage à l'un de ses héritiers, lorsqu'il a renoncé à une succession lucrative, en vue de la lui faire passer, et que l'héritier, en général, doit le rapport de cet avantage; qu'il en est de même du cas où, appelé conjointement avec l'un de ses héritiers présomptifs à un legs, il a renoncé à ce legs pour le lui faire acquérir en totalité. Nous avons à ce sujet discuté et combattu l'opinion de Pothier; nous ne reviendrons pas sur ce point. Or, il en doit être de même lorsqu'un époux, appelé conjointement à une succession ou à un legs avec son conjoint, y renonce, en vue de lui faire avoir sa part dans cette succession ou dans ce legs, surtout lorsque c'est l'époux qui a des enfans d'un premier lit qui fait cette renonciation, positivement dans cette vue, parce que la succession ne présente que des avantages évidens à raison des circonstances (3), ou que le legs est fait sans aucune charge.

---

(1) Tom. VII, chap. VI, sect. 3.

(2) En droit romain ce neût été considéré que comme un manque d'acquérir. L. 6 ff. *quæ in fraudem credit.* Voy. *loco citato.*

(3) D'ailleurs le bénéfice d'inventaire peut écarter tout danger, et toute chance désavantageuse, lorsque le conjoint qui profite de la renonciation ne devrait aucun rapport à la succession.

Ce sont là des cas d'avantages indirects, et que les rédacteurs du Code ont eu aussi très probablement en vue quand ils ont établi comme règle générale, dans l'art. 1099, « que les époux ne pour« ront *se donner indirectement au delà de ce qui* « *est permis par les dispositions ci-dessus.* »

Les avantages résultant des conventions matrimoniales, et dont il a été parlé au paragraphe précédent, sont aussi au nombre de ces cas, et ce sont même les plus fréquens.

830. A l'égard de ces avantages indirects, la loi n'a pas prononcé la nullité des conventions ou autres actes ou faits qui les auraient procurés à l'un des époux aux dépens de l'autre ; elle s'est bornée à déclarer que les époux ne pourraient se donner indirectement *au delà* de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Donc jusqu'à concurrence du disponible, l'avantage doit être maintenu, puisque ce n'était que l'excédant qui était prohibé, et que ce n'est qu'à l'égard de cet excédant que la loi établit l'incapacité de donner et de recevoir indirectement.

C'est même le sentiment général de ceux qui regardent comme entièrement nulles les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, et celles faites par le moyen d'une personne interposée (1).

---

(1) *Voy.* au sujet de ces donations ce que nous avons dit au même volume, VII, et au même endroit.

831. Quant à ces donations déguisées ou faites à personnes interposées, la seconde partie de l'article 1099 dit en effet : *Toute donation, ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.*

Cette rédaction, comme on le voit, est bien différente de celle du premier alinéa de l'article. On ne se borne pas ici à déclarer que les époux ne pourront se donner, par donation déguisée ou faite par personne interposée, *au delà* de ce qui est permis par les dispositions ci-dessus ; on dit au contraire d'une manière absolue : *Toute donation ou déguisée, ou faite à personnes interposées, sera nulle.* Ainsi c'est la *donation* qui est déclarée nulle, et non pas seulement l'excédant du disponible ; elle est déclarée *nulle*, et non pas seulement réductible. Aussi de bons esprits pensent-ils que toute donation déguisée ou faite par personne interposée, est nulle pour le tout.

Néanmoins nous ne saurions nous ranger à cette opinion, si l'on doit décider, avec la Cour de cassation, que les donations déguisées ne sont pas nulles pour cela, qu'elles sont seulement réductibles, s'il y a lieu ; jurisprudence qui paraît tellement établie, que ce serait vainement que l'on s'élèverait contre maintenant (1). On peut interpréter la seconde partie de l'art. 1099 par la première, c'est-à-dire, que la donation déguisée ou faite à person-

---

(1) *Voy.* tome précédent, nos 278, 400 et 401 ; et tom. VII, n° 325.

nes interposées est nulle *au delà* de ce qu'il était permis aux époux de se donner par les dispositions ci-dessus.

L'art. 911 dit bien aussi que toute donation au « profit d'un incapable *sera nulle*, soit qu'on la « déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit « qu'on la fasse sous le nom de personnes interpo« sées ; » et cependant la Cour de cassation, en maintenant les actes faits sous la forme d'une vente et attaqués comme ventes simulées, parce qu'il n'y a pas de prix, et comme donations, parce que les formalités voulues par la loi n'ont pas été observées, pourvu toutefois que les parties fussent capables de recevoir l'une de l'autre, et que le disponible n'ait pas été dépassé ; la Cour suprême, disons-nous, n'annule pas l'acte en son entier, quand même l'une des parties n'aurait pu recevoir de l'autre la valeur totale de l'objet du contrat : elle se borne à l'annuler seulement pour l'excédant (1). Or, la raison n'est-elle pas la même, dans le cas d'un avantage procuré à l'un des époux par l'autre au moyen d'une donation déguisée ou faite par personnes interposées ?

N'est-ce pas d'ailleurs un avantage indirect, comme dans le premier cas de l'art 1099 ? Abso-

---

(1) *Voy.* notamment les arrêts de cassation des 26 juillet 1814 (Sirey, 1815-1-42) ; et du 31 juillet 1816 (Sirey, 1816-1-383).

Il en existe un grand nombre rendu dans le même sens.

Voy. au tom. VII, n° 325-4°, et tom. VIII, n° 278, ce que nous avons dit sur ces points.

lument : seulement le moyen employé est différent. Pourquoi ce qui était permis serait-il annulé par ce qui ne l'était pas? *Utile per inutile non vitiatur.*

Si, par la donation réputée faite par le moyen d'une personne interposée, le donateur n'a pas donné au delà de ce qu'il eût pû donner ouvertement à son conjoint, pourquoi annulerait-on cet acte? Que suppose-t-on dans ce cas? que la donation a été faite au conjoint lui-même ; soit : or, elle serait valable ; donc elle doit l'être également dans l'hypothèse. La simple présomption ou fiction légale ne saurait raisonnablement produire des effets que la réalité ne produirait pas. Ainsi *toute* donation faite par personne interposée n'est pas nulle ; et si celle supposée ne l'est pas, pourquoi le serait-elle dans son entier par cela seul qu'elle se trouverait excéder de quelques francs le disponible du donateur envers son conjoint? Nous avouerons que nous ne voyons aucun motif raisonnable pour le décider de la sorte.

832. L'art. 1100 ne répute pas les ascendans du conjoint donataire personnes interposées de droit, lorsque le conjoint n'en est pas héritier présomptif au jour de la donation : par exemple l'aïeul, si le père vivait encore à cette époque. Mais, d'autre part, il n'est pas exclusif de la preuve d'interposition réelle, pas même à l'égard de tout autre personne.

C'est ainsi que la Cour de Metz, et ensuite celle

de cassation, ont jugé (1) que les héritiers d'un mari qui avait fait une vente de tous ses biens au frère de sa femme, laquelle ne pouvait, aux termes de la coutume de Lorraine, rien recevoir de son époux en toute propriété, était recevables à prouver la simulation de l'acte, et l'interposition du frère prétendu acheteur.

833. Les enfans communs ne sont pas réputés personnes interposées; la qualité d'enfant, respectivement au donateur et au donataire, est un titre suffisant pour motiver la donation; et cette donation ne pourrait être attaquée sous prétexte d'avantage indirect procuré au conjoint, lors même que celui-ci aurait, comme héritier de l'enfant, profité de la donation. Le conjoint ne devrait pas pour cela être considéré comme donataire (2).

834. Quant aux enfans naturels du conjoint donataire, et reconnus, ils sont réputés personnes interposées. A la vérité, l'art. 1100 dit, « aux en« fans ou à l'un des enfans de l'autre époux, *issus* « *d'un autre mariage*, » mais c'est uniquement pour excepter les enfans communs, les enfans du mariage à l'occasion duquel la donation a eu lieu. Aussi l'art. 911 répute-t-il indistinctement personnes interposées *les enfans et descendans* de l'incapable; et nous avons démontré au tome pré-

---

(1) La première de ces Cours, le 11 août 1814; la seconde, le 27 mars 1816. Sirey, 1816, part. 1, pag. 433.

(2) Lacombe, v° *noces*, part. 1, sect. 2, n° 8.

cédent (1) que la loi ne faisait, dans cet article, aucune différence à raison de la qualité de la parenté. Or, il en doit être de même dans le cas de l'art. 1100.

La Cour de cassation a jugé en ce sens par arrêt de cassation, même dans un cas où il s'agissait d'une parenté adultérine (2).

855. Enfin, ces mots de l'art. 1100, *encore que ce dernier* (l'époux) *n'ait pas survécu au donataire*, doivent être entendus dans un sens explicatif, et non restrictif, c'est-à-dire que, quelle que soit la cause pour laquelle l'époux n'hérite pas de la personne donataire en nom, la donation n'en sera pas moins censée faite, dès le principe, en vue de cet époux.

---

(1) N° 241 et suivans, et n° 272.

(2) Arrêt du 13 juillet 1813.

Bulletin de la Cour de cass., n° 77. Nous faisons mention de cet arrêt au tome précédent, n° 246.

FIN DU TITRE DES DONATIONS ET DES TESTAMENS.

TABLE
DES MATIÈRES.

TITRE II.

Des donations entre-vifs et des testamens.

CHAPITRE V.

SECTION IV.

SECTION V.

SECTION VI.

SECTION VII.

SECTION VIII.

SECTION IX.

SECTION X.

SECTION V.

CHAPITRE IX.

SECTION PREMIÈRE.

SECTION II.

FIN DE LA TABLE.

TROYES. — IMPRIMERIE DE CARDON.

